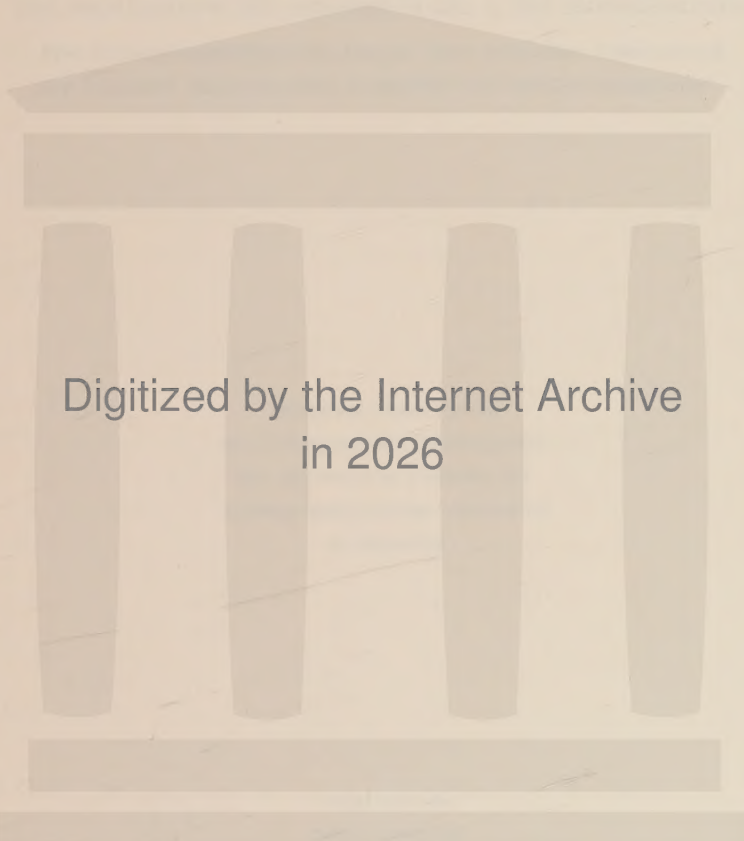


ZUR PROBLEMATIK DES ARTIKELS 33 ABS. 5 DES GRUNDGESETZES

**Eine verfassungsstrukturelle Analyse unter
kritischer Einbeziehung der einzelnen
„hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“**

Detlef Czybulka

1974



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556029_0023

ZUR PROBLEMATIK DES ARTIKELS 33 ABS. 5 DES GRUNDGESETZES

Eine verfassungsstrukturelle Analyse unter kritischer Einbeziehung
der einzelnen "hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums"

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät der
Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Detlef Czybulka
aus München

München 1973

I. Berichterstatter:

Prof. Dr. P. Lörche

II. Berichterstatter:

Prof. Dr. A. v. Campenhausen

Tag der mündlichen Prüfung:

21. 2. 1974



INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung.....	V
I. KAPITEL	
PROBLEMSTELLUNG UND METHODE.....	1
I: Versuch einer Synthese	
Die "Verwaltung" als Ansatzpunkt	1
II: Die Einheit der Verfassung	6
III: Spezielle, durch Art. 33 V GG begründete	
methodische Schwierigkeiten.....	11
(1) Art. 33 Abs. 5 als Normenbündel.....	11
(2) Art. 33 Abs. 5 und die Zeit.....	12
II. KAPITEL	
STELLUNG UND AUFGABE DER VERWALTUNG IM	
FÜHRUNGSKREISLAUF DES GRUNDGESETZES.....	14
I: Zum Begriff der Verwaltung.....	14
II: Der Führungskreislauf des Grundgesetzes	
Seine Bedeutung für die Verwaltung.....	17
III: Folgerungen für das Verwaltungshandeln.....	24
Zusammenfassung.....	31
III. KAPITEL	
DIE BESONDERE STELLUNG DES BERUFSBEAMTENTUMS	
INNERHALB DER VERWALTUNG -TRADITIONELLE ABGREN-	
ZUNGSKRITERIEN.....	32
I: Grundsätzliche Erwägungen.....	32
II: Funktionsvorbehalt.....	37
Zusammenfassung.....	49
III: Stabilität-Kontinuität-Neutralität.....	50
Zusammenfassung.....	61
IV: Amt.....	63
Zusammenfassung.....	69
V: Repräsentation-Elite.....	70
(1) Ablehnung demokratischer Gleichheits-	
vorstellungen.....	71
(2) Ablehnung demokratischer Ordnungsvor-	
stellungen des GG.....	73
(3) Elitevorfstellungen und staatsbürgerliche	
Rechte der Berufsbeamten.....	76
(4) Elitevorfstellungen und Aufgabenwandel	
Rechtliche und fachliche Repräsentation	
contra Sozialstaat.....	78
Zusammenfassung und Fortsetzung.....	84

VI: Hierarchie.....	85
Zusammenfassung.....	94
IV. KAPITEL	
DAS BERUFSBEAMTENTUM UND DIE GRUNDGESETZLICHEN STAATSZIELE: AUSLEGUNGSLEITENDE MOMENTE FÜR ART. 33 V GG ?.....	95
I: Die Notwendigkeit eines erweiterten Interpretationsansatzes.....	95
II: Art. 33 Abs. 5 GG und Sozialstaat.....	99
(1) Retrospektivität und Progressivität..	99
(Zusammenfassung).....	105
(2) Funktionsvorbehalt und Sozialstaat....	106
(3) Gemeinwohl und Sozialstaat.....	108
(4) Fehlende Tarifautonomie und Sozial- staat (Teilaspekte).....	110
(5) Art. 33 Abs. 5 GG : nicht "Konkreti- sierung" der Sozialstaatsklausel, son- dern strukturelle Divergenz.....	113
III: Rechtsstaat und Beamtentum.....	117
(1) Ursachen für das Fehlen eines Kon- fliktes im Bereich der "Rechtssicher- heit" (Teilinhalte des Rechtsstaats)..	117
(2) Die Übersteigerung des Rechtsstaats- gedankens: Anlass für das Entstehen neuer Konflikte.....	118
IV: Demokratie und Beamtentum.....	122
(1) Demokratische Einflußnahme auf die Verwaltung.....	122
(2) Demokratische Einflußnahme auf die Verwaltung, Fortsetzung: Politische Parteien und Beamtentum im GG.....	127
(3) Demokratie und Beamtentum, Fort- setzung: Politische Betätigung der Beamten.....	136
(a) Hergebrachte Grundsätze und po- litische Betätigung.....	136
(b) Die politische Treuepflicht des Beamten als Rollenkonflikt und rechtliches Problem.....	144
(c) Parteipolitische Betätigung des Beamten in einer sog. "verfas- sungsfeindlichen" Organisation..	150
(4) Demokratie und Beamtentum, Forts.: Öffentliche Verwaltung als "gehei- me" Verwaltung?	158
(a) Die Tradition setzt sich nicht durch.....	158
(b) Versuch eines Gegenentwurfs.....	164

V. KAPITEL

AUFLÖSUNGERSCHEINUNGEN EINER RETROSPEKTIVEN

VERFASSUNGSNORM: ARTIKEL 33 V GG - KRITIK

EINZELNER TEILINHALTE.....	170
----------------------------	-----

I: Von der Institution zum Beamtenverhältnis: "Verrechtlichung" statt "Gegengewurf".....	170
---	-----

(1) Das "Dienst-und Treueverhältnis" oder: Treue auf Zeit, halbtags oder für 42 Stunden wöchentlich?	171
(2) Das Alimentationsprinzip und sein vor- hersehbares Ende.....	176
(3) Die Kritik am besonderen Gewaltverhältnis	181
(a) Allgemeine Tendenzen.....	181
(b) Das Disziplinarrecht.....	183
(c) Das Streikrecht.....	187
(4) Das Laufbahnprinzip in der Kritik.....	196
(5) Zusammenfassung.....	199

II: Verfassungsstrukturelle Divergenzen.....	201
--	-----

(1) Die Loslösung vom "Statusproblem" und die Schwierigkeiten verfassungsrechtli- cher Bewertung struktureller Divergenzen.	201
(a) Die Auslegungsgeschichte als Indiz für eine strukturelle Divergenz.....	201
(b) Berufsfreiheit und Leitbilderhebung..	204
(c) Dogmatische Verirrungen und ihre Ur- sachen: das Verhältnis von Art. 14 GG zu den "hergebrachten Grundsätzen"...	206
(2) Abschließende Bewertung der strukturel- len Divergenzen.....	214
(3) Anhang: Notizen zur notwendigen Verfassungsände- rung.....	218

Literaturverzeichnis.....	I
---------------------------	---

Einleitung

Die vorliegende Arbeit versucht, einige Grundfragen des Verhältnisses zwischen öffentlicher Verwaltung und Verfassung zu beleuchten. Dies geschieht im Wege einer verfassungsstrukturellen Analyse. In diesen Zusammenhang ist die Untersuchung des Artikels 33 Abs. 5 des Grundgesetzes gestellt. Sie ergibt, daß die "hergebrachten Grundsätze" an einem ursprünglichen und sich weiter verschärfenden Zuordnungsmangel leiden, der im Wege der Interpretation nicht mehr gemildert werden kann.

Eine zentrale Stellung in der Arbeit nehmen die Verhandlungen des 48. Deutschen Juristentages (Mainz 1970) sowie die im Anschluß daran erschienene Literatur ein.

Die Arbeit wurde Ende April 1973 abgeschlossen. Literatur und Rechtsprechung sind bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt.

I. KAPITEL

PROBLEMSTELLUNG UND METHODE

"...hat sich die Vorschrift heute durch eine kaum noch zu übersehende Kasuistik in eine Fülle von Einzelaussagen von oft trivialer Bedeutung aufgelöst." (1)

I. VERSUCH EINER SYNTHESE

Die "Verwaltung" als Ansatzpunkt

Die Arbeit setzt sich die Aufgabe, in einem von Kasuistik überfluteten Gebiet des Verfassungsrechts Leitlinien zu ziehen, die dann eine Ansiedlung des Berufsbeamtentums innerhalb der Verfassung ermöglichen sollen.

Diese Art der Annäherung an das Thema hat den unabweisbaren Nachteil ausholender Beschreibung. Sie macht es notwendig, Begriffe zu klären, die allgemein als geklärt gelten und Strukturprinzipien der Gesamtverfassung zu untersuchen, die vordergründig mit Art. 33 Abs. 5 GG wenig zu tun haben. Dem möglichen Vorwurf einer zu allgemeinen Betrachtung oder gar eines Arbeitens mit "mehrdeutigen Rechtsprinzipien" (2) will der Verfasser an dieser Stelle durch Offenlegung seines Ansatzes begegnen.

Im Gegensatz zur ganz allgemein herrschenden Meinung³⁾ meint der Verfasser, daß nicht eine Anlehnung an den Begriff des "Öffentlichen Dienstes", sondern an den der "Verwaltung"

Ausgangspunkt der Überlegungen zu Art. 33 Abs. 5 GG sein muß.

Diese Unterscheidung im Ansatzpunkt scheint freilich zunächst nur eine Nuancierung zu sein, da auch die herrschende Meinung - anscheinend zwanglos - den Begriff der Verwaltung in ihre weiteren Überlegungen miteinbezieht. So hat z.B. das BVerfG wiederholt im Zusammenhang mit Art. 33 Abs. 5 GG von der

" dem Berufsbeamtentum vom Grundgesetz zugewiesene(n) Aufgabe" gesprochen, " im politischen Kräftespiel eine stabile, gesetzestreue Verwaltung zu sichern." ⁴⁾

1) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG (M-D-H), Grundgesetz, Art. 33 Rd. 43

2) vgl. QUARITSCH, Referat auf dem 48. DJT, These 6, S. 0 55f.

3) Wie sie schon im Titel von JUNG, Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes (1971) sichtbar wird. Vgl. QUARITSCH aaO, These 1, S. 0 55; LEISNER, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst (1970) u.v.a.

4) BVerfGE 21, 329, 345 : Hervorhebung vom Verf. Ganz ähnlich: BVerfGE 8, 1, 16; 11, 203, 216f.

Die Nuancierung im Ansatz bestimmt jedoch Blickwinkel und Zielrichtung: wenn der Verfasser von der "Verwaltung" - in der Terminologie des BVerfG also von der Aufgabe - ausgeht, so tut er dies, um die Vorschrift des Art. 33 Abs. 5 in einem mehr funktionalen, auf die Gesamtverfassung bezogenen Sinn angehen zu können. Wer vom "personalen Substrat" (QUARITSCH)⁵⁾ ausgeht, wird mehr auf das "Dienstrecht" abzustellen haben.

Dieses Vorgehen bedarf jedoch einer Begründung, da Art. 33 Abs. 5 GG tatsächlich vom "Recht des öffentlichen Dienstes" spricht. Unbestritten ist zunächst, das das GG keinen einheitlichen Begriff des öffentlichen Dienstes kennt⁶⁾.

Dies ist einleuchtend, weil die zahlreichen Bestimmungen des GG, die den Begriff "öffentlicher Dienst" verwenden, jeweils in unterschiedlichen Zusammenhängen stehen (7).

Als Minimalkonsens besteht ferner Einigkeit darüber, daß Art. 33 Abs. 5 GG nicht alle Angehörigen des öffentlichen Dienstes mitumfaßt.

Nach einhelliger Meinung und Lehre fallen z.B. die Berufssoldaten nicht in den Anwendungsbereich der Norm, obwohl sie ohne Zweifel öffentliche Dienstnehmer sind (8). Dasselbe gilt für die im Dienst der Kirchen stehenden Personen (9).

Es ist sonach als gesichert davon auszugehen, daß zur Abgrenzung des von der Norm umfaßten Personenkreises weitere Merkmale herangezogen werden müssen. Bei der Durchsicht der um-

5) QUARITSCH aaO (N 2), S. 0 55 (These 1)

6) PFENNIG, Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen (1960); ULE, Öffentlicher Dienst in: Die Grundrechte Bd. IV/2, 537 ff., 543ff.; WOLFF, Verwaltungsrecht II (1970), 395; KÖTTGEN, Öffentl. Dienst in Staatslexikon V, Sp. 1192 ff; BVerwGE 9,316; BVerfGE 14,46

7) Vgl. ULE aaO, 546

8) BVerfGE 3, 288 (334) "Soldatenurteil"; THIEME, Der öffentl. Dienst (1961), S.34; JUNG, Zweispurigkeit, 29f.; ISENSEE, Beamtenstreik (1971), 138, alle m.w.N.; M-D-H Art. 33 Rd.51

9) Davon zu trennen ist immer der tatsächliche Aspekt; die hier gegebene weitgehende Angleichung der "Dienstrechte" ist jedenfalls nicht von Verfassungen wegen garantiert. N. für die "Kirchenbeamten" PFENNIG aaO, 46 ff.; THIEME aaO, 34; ULE aaO, 545; M-D-H Art. 33 Rd. 45.

fangreichen Literatur und Rechtsprechung zu Art. 33 Abs.5 ist nun auffallend, daß zwar der Begriff Verwaltung häufig zur Abgrenzung und Konkretisierung der Inhalte der Norm verwendet wird - teilweise sogar mit der erklärten Absicht, die Worte "öffentlicher Dienst" zu "funktionalisieren"¹⁰⁾ -; es wird jedoch nicht der Versuch unternommen, die Aussage des Art. 33 Abs. 5 vom Inhalt der Verwaltung her zu erschließen.

Der Bezug auf die Staatsverwaltung ist andererseits im Rahmen des Art. 33 Abs. 5 fast selbstverständlich: MAUNZ-DÜRIG-HERZOG verneinen z.B. die Anwendung des Art. 33 Abs. 5 auf die Kirchen,"auch soweit sie juristische Personen des öffentlichen Rechts sind, weil sie nicht Bestandteil der Staatsverwaltung (im weitesten Sinne) sind" (11). WOLFF zählt zum öffentlichen Dienst im engeren Sinne die "Rechtsverhältnisse der zur Verwaltung im funktionellen Sinne berufenen Amtswalter juristischer Personen des öffentlichen Rechts" (12).

In doppelter Hinsicht aufschlußreich ist die Aussage von PIECK, daß das Beamtenverhältnis "das typische öffentlich-rechtliche Diensverhältnis im Bereich der unmittelbaren und mittelbaren Staatsverwaltung (sei) und dort neben dem Arbeitsverhältnis der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes" (13) stehe.

Über die bereits zitierte Rechtsprechung des BVerfG¹⁴⁾ hinaus scheint für die folgenden Ausführungen noch eine Entscheidung im 16. Bande der amtlichen Sammlung (BVerfGE 16,94,110) aufschlußreich, die davon ausgeht, daß Art. 33 Abs.5 "in Wahrheit nur das Recht des Beamtendienstes betrifft". Beamte sollen aber gerade - nach der Rspr. des BVerfG - eine stabile, gesetzestreue Verwaltung sichern (s.o. N 4).

Der gewählte methodische Ansatz wäre sicher verkürzt, wenn es auch "hergebrachte Grundsätze des Richterrechts" gäbe und diese im Rahmen des Artikels 33 Abs. 5 zum Tragen kämen: das Richteramt hat unter einem Oberbegriff "Verwaltung" nicht Platz.

- 10) ULE, Öffentlicher Dienst, 549 f., versucht die Funktionalisierung des an sich "rein institutionellen" Begriffes über das "öffentlich-rechtl. Dienst- u. Treueverhältnis"; die Heranziehung solcher funktionaler Attribute kennzeichnet den mehr "dienstrechtlichen" Ausgangspunkt, vgl.S.2 o.
- 11) M-D-H, Art. 33 Rd. 45, w.N. ebda. FN 3. Hervorhebung Verf.
- 12) WOLFF, Verwaltungsrecht II (1970), S. 395, Hervorh.d.Verf.
- 13) PIECK, Beamtenähnliche öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse, DÖV 66,217. Hier klingt daneben noch das noch zu behandelnde Problem der "Zweispurigkeit" oder auch der "Dreischichtigkeit" des öffentl. Dienstes an.
- 14) Oben S. 1 FN 4

Tatsächlich nimmt das BVerfG in ständiger Rechtsprechung ¹⁵⁾ und ihm folgend ein erheblicher Teil der Literatur ¹⁶⁾ solche "hergebrachten Grundsätze des Richterrechts" an. Diese Auffassung hält einer Nachprüfung nicht stand.

Das Gericht hatte die Anwendbarkeit des Art. 33 Abs. 5 auf die Richter in seiner Erstentscheidung noch mit dem Zusammenhang begründet, in dem die Vorschrift stehe. Die Vorschrift erlaube keinen Zweifel, daß sie sich nicht auch auf das richterliche Amt und die persönliche Rechtsstellung der Berufsrichter beziehe (17) - eine angesichts der Art. 97 und 98 GG überraschende Behauptung.

An neueren Darstellungen zu Problemen des Berufsbeamtentums bzw. des "öffentlichen Dienstes" fällt auf, daß dem "Sonderfall der Judikative" (18) wenig Beachtung geschenkt wird; dies ist m.E. nur solange zu rechtfertigen, wie es um die formelle Abgrenzung geht (19). Ein klärendes Wort zur Stellung der Judikative wäre jedoch dann angebracht, wenn es inhaltlich um die "Verfassungsmäßigkeit der heutigen Personalstruktur im öffentlichen Dienst" geht, in der Tat aber die nichthoheitliche und die Hoheitsverwaltung untersucht werden (20). Das gleiche gilt für eine Untersuchung über das Berufsbeamtentum "als Stütze der Exekutive im System parlamentarischer Gewaltenteilung" (21) oder über den "Typusbegriff" des Berufsbeamten (22): m.E. reicht es in all diesen Fällen nicht aus, den Richter als "Sonderbeamten" einzustufen, wenn der "Regeltypus des Beamten" (23) im Verlaufe seiner verfassungsrechtlichen Würdigung (isbs. Art. 33 Abs. 4 und 5) ständig- und mit Recht mit der Verwaltung (als Staatsfunktion) in Zusammenhang gebracht wird (24). Im weiten Vorgriff auf spätere Ergebnisse der Untersuchung (25) kann nur angedeutet werden, daß diese Vernachlässigung einer inhaltlichen Abgrenzung eine starke historische Wurzel in der Überbetonung des Statusproblems hat (26).

Die Schwächen eines statusbedingten Ansatzes hat das BVerfG in dem Beschluss vom 4.6.1969 selbst offengelegt - allerdings nur in dem mitveröffentlichten Minderheitsvotum von vier (!) Richtern. Hier heißt es sehr präzise und eindeutig:

- 15) BVerfGE 12,81,87; 15,298,302; 22, 387; 26,141,156 u.a.
Die Rspr. hat zurückhaltende Tendenz (Ausnahme: BVerfGE 12,81,87). Auf die Anwendung von Art. 33 Abs. 5 wird seit E 17, 252 zunehmend verzichtet (vgl. E 26,100,115; 163, 172) und dafür Art. 3 GG bemüht.
- 16) THIEME, Der öffentliche Dienst, S. 35 m.w.N.; ISENSEE aaO S. 135 m.w.N.; nicht ganz eindeutig JUNG, Zweispurigkeit, S. 29 m.N.; ablehnend MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 33 Rd. 53
- 17) BVerfGE 12,81,87; hierzu ENGLER JÖR n.F. 15, 211
- 18) LEISNER, Grundlagen S. 36 19) s.o.S.2; JUNG aaO, 26f.
- 20) JUNG, Zweispurigkeit, S. 29 einerseits, S.108-175 andererseits
- 21) LEISNER, Grundlagen, S.36 22) ISENSEE aaO, S.53

"Das Grundgesetz hat stärker als die Weimarer Reichsverfassung die rechtsprechende Gewalt als Einheit und gleichwertig neben Gesetzgebung und Regierung und Verwaltung herausgehoben und daraus die Folgerung gezogen, den Sonderstatus des Richters gegenüber den übrigen Angehörigen des öffentlichen Dienstes, insbesondere den Beamten zu verdeutlichen. Mit dieser grundsätzlichen Entscheidung stellt das Grundgesetz nicht ab auf das, was Richtern und Beamten gemeinsam ist - der öffentliche Dienst und das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis - sondern hält für gewichtiger die verschiedene Funktion von Beamten und Richtern und die Hervorkehrung der besonderen Bedeutung einer unabhängigen rechtsprechenden Gewalt im freiheitlichen Rechtsstaat." (27)

Die "Verselbständigung des Richtertums" ist somit eine verfassungsrechtlich klar vorgezeichnete Entscheidung, die außer in den bereits erwähnten Art. 97 und 98 GG auch in den Artikeln 60 (I), 96 (IV), 132 (I), 137 (I) zum Ausdruck kommt (28).

M.E. ist es daher wenig sinnvoll, eine Verfassungsbestimmung, die die Funktion der Verwaltung sichern soll^{28a)} auf diejenigen Angehörigen des "öffentlichen Dienstes" anzuwenden, denen von Verfassungen wegen eine gänzlich andere Funktion, nämlich die unabhängige Rechtsprechung, zugewiesen ist. Ein solcher Ansatz hat auch den Vorzug dogmatischer Klarheit, da er sich - im Zeichen der Gewaltenteilung - auf die (noch) klare Absonderung der Rechtsprechung von der "Vollziehung" (HESSE)²⁹⁾ stützen kann. Der methodische Ansatz befindet sich auch in Übereinstimmung mit der Wirklichkeit, isbs. mit dem sich wandelnden Selbstverständnis der Richter³⁰⁾; er ist schließlich auch von der Vorstellung des Verfassungsgebers von "einem, durch eine gemeinsame Klammer zusammengehaltenen Beamtentum"³¹⁾ gedeckt.

Anmerkungen S.4

23) ISENSEE, Beamtenstreik, S. 53

24) ISENSEE, ebda. S. 83: "Der verwaltungsadäquate Ansatz.." vgl. auch JUNG, Zweispurigkeit, 106-175; LEISNER, Mitbestimmung, 62-78; DERS., Grundlagen, 36 ff., 46 ff.; SCHÄFER, Referat 48, DJT O 13 ff.

25) Dazu unten V.Kapitel

26) Richtig LEISNER, Grundlagen, 8: "Das Berufsbeamtentum ist immer vorwiegend als Status gesehen und gerechtfertigt worden, nicht aus seinen Funktionen heraus."

Anmerkungen S. 5

27) BVerfGE 26, 141, 155

28) Vgl. MENZEL, Die strukturelle Desorganisation des öffentlichen Dienstes in der BRG., DÖV 69, 513, 516

28a) BVerfG st.Rspr. (N 4) 29) Vgl. HESSE, Grundzüge⁴, 218 f.

30) Vgl. MENZEL aaO 31) So M-D-H, Art. 33 Rd. 53

Die Künstlichkeit der "Mehrheitsmeinung" des 2. Senats des BVerfG wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der praktisch wesentlichste der "wenigen anerkannten hergebrachten Grundsätze des Richterrechts" im Gegensatz zum Laufbahnrecht der Beamten steht: es handelt sich hierbei um das Verbot, "Richterlaufbahnen" ohne Funktionsänderung zu schaffen (32). Die herrschende Meinung gerät hierbei in notwendigen Widerspruch zu ihrem - abzulehnenden (33) - Ansatz, daß Art. 33 Abs. 5 nicht den einzelnen hergebrachten Grundsatz, sondern nur "den engsten Wesenskern des Berufsbeamtentums" wahren wolle (34). Bei einem derartigen Ansatz verbietet sich der Schutz einzelner, spezieller "Sondergrundsätze" (35).

Die Begrenzung des Anwendungsbereichs der zu untersuchenden Norm auf die Verwaltung erfordert eine inhaltliche Auffüllung des Begriffes "Verwaltung". Hierbei sollen auch "außerjuristische" Erkenntnisse einbezogen werden, die allerdings ihr rechtliches Spiegelbild in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes haben.

Der Versuch einer Synthese besteht also zunächst darin, in generalisierender Form die Verwaltung der Verfassung zuzuordnen (II. Kapitel).

Da die gesellschaftlichen, hier verfassungsrechtlichen Modellvorstellungen von Beginn an einbezogen werden, kann der Vorwurf eines kybernetischen Modells nicht zutreffen (36).

Im III. Kapitel soll dann versucht werden, diese Zuordnung unter Zuhilfenahme der für die besondere Verwaltungsfunktion der Berufsbeamten entwickelten "traditionellen Kriterien" weiter zu konkretisieren.

Die dabei auftretenden Schwierigkeiten führen nach eingehender Analyse zu einer eigenen abschließenden Stellungnahme, die allerdings nur punktuell durch eigene Entwürfe abgestützt werden kann.

II. DIE EINHEIT DER VERFASSUNG

Im Rahmen einer methodischen Einleitung kann der Verfasser keine Hermeneutikdiskussion liefern; er kann jedoch in knapper Form sein Erkenntnisinteresse andeuten und den Versuch einer methodischen Abgrenzung gegenüber anderen Ansätzen vornehmen.

32) Vgl. BVerfGE 12,81,87 und N 15

33) Dazu methodisch unten III.

34) JUNG, Zweispurigkeit S. 189; ähnl. ISENSEE op.cit., 53 f., 58 f. m.w.N.

35) So auch das (historische) Argument von M-D-H, Art. 33, Rd. 53

36) Vgl. hierzu LORENZ in Loccumer Protokolle 3/1969, S. 58

Bei der verfassungsrechtlichen Interpretation des Art. 33 Abs. 5 GG besteht das Hauptinteresse darin, die Verwaltung - und damit die Institution des Berufsbeamtentums - nicht als verfassungsrechtliche Exklave zu begreifen, sondern im Gegenteil das Prinzip der "Einheit der Verfassung"³⁷⁾ wirksam werden zu lassen.

Dieses Prinzip bedeutet zunächst - und das ist bis auf die zu erwähnenden Ausnahmen weder allgemein (38) noch für Art. 33 Abs. 5 speziell bestritten - daß Art. 33 Abs. 5 GG im Zusammenhang mit anderen Verfassungsnormen gesehen werden muß, und auch von ihnen eingeschränkt werden kann, wenn eine Auslegung den Vorrang dieser Normen ergibt (39).

Besonders bedeutungsvoll sind in diesem Zusammenhang nach der Rechtsprechung des BVerfG⁴⁰⁾ und nach der ganz überwiegenden Literaturmeinung⁴¹⁾ die Grundsatzentscheidungen des GG für Rechtsstaat, Sozialstaat und Demokratie.

Eine Interpretation, die auf die Einbeziehung dieser Grundsatzentscheidungen (= grundgesetzlichen Staatsziele) verzichtete, wäre sicherlich unzureichend (42).

Der Verfasser muß sich deshalb von zwei methodischen Ansätzen abgrenzen, die eine kritische Sondierung verhindern, insbesondere bereits vom Instrumentarium her ein drohendes Umschlagen von Integration in Desintegration nicht erfassen können.

37) Vgl. HESSE, Grundzüge⁴, S. 28 m.N.

38) HESSE aaO, 28 f.; vgl. BVerfGE 1,14,32; 19,206,220

39) M-D-H Art. 33 Rd. 59

40) BVerfGE 3,58 (137,160) nimmt - noch relativ unscharf - auf das Einfügen in das heutige "Staatsleben" Bezug (ebenso: GAUF, ZHR 61,97f.; HACKER ZHR 59,1); seitdem betont es in ständiger Rspr. (E 8,1,16; 9,268,286; 11,156,167,195; 11,203,215; 15,167,195), daß der einzelne "hergebrachte Grundsatz" jeweils in seiner Bedeutung für die Institution des Berufsbeamtentums in der freiheitlichen rechts- und sozialstaatlichen Demokratie zu würdigen sei.

41) GREWE, Verhandlungen des 39. DJT (1951) S. D 9,29; PARTSCH, Verfassungsprinzipien u. Verwaltungsinstitutionen (1958), S. 16; DERS. JZ 60,23,24; THIEME, ZHR 65,33 : "Das Beamtentum muß sich maßgerecht in die Verfassung einfügen". DERS.: Gutachten 48.DJT (1970), D 23; KÖTTGEN, Staatslexikon V, Sp. 1192,1201f.; RAMM, Koalitions- u. Streikrecht der Beamten (1970), These S.182: "Der öffentl. Dienst bildet keine Exklave in der freiheitlichen sozialen Ordnung des GG, sondern ist ein Teil derselben." ISENSEE, Beamtenstreik, 60; M-D-H Art. 33 Rd. 59; HAMANN-LENZ Art. 33 B 6; LEISNER, Grundlagen, 41-58

42) Mit der Einbeziehung der Staatszielbestimmungen beschäftigt sich das IV. Kapitel.

Beide Ansätze gehen auf frühere Äußerungen von ULE zurück⁴³⁾. Hier zu behandeln ist nicht die inhaltliche, sondern die methodische Seite (44).

Der erste, harmonisierende Ansatz, wird vertreten von JUNG und - weniger eindeutig - von ISENSEE. JUNG nimmt an, daß

"Berufsbeamtentum als Institution und Sozialstaatlichkeit als Staatszielbestimmung auf verschiedenen Ebenen liegen und deshalb nicht miteinander kollidieren können" (45).

Ähnlich, allerdings mit widersprüchlicher Anmerkung, ISENSEE:

"Die Sozialstaatlichkeit kann daher nicht gegen die Beamteninstitution ausgespielt werden. Der soziale Staatszweck erfüllt sich nicht gegen, sondern über die hergebrachte Einrichtung. Diese darf als seine angemessene Konkretisierung betrachtet werden" (46).

Die zugrundeliegende Äußerung ULEs,

"die Problematik (liege) nicht in einem Auseinanderfallen von Verfassungsprinzipien und Verwaltungsinstitutionen, sondern in dem Umfang der institutionellen Garantie des Beamten-tums", (47)

zeigt deutlich die - flüchtig gesehen - rein "methodische" Verlagerung des Interpretationsgegenstandes. Wenn die Verfassung die Aufgabe hat, politische Einheit zu bilden⁴⁸⁾, bedeutet dies eben nicht, daß diese Einheit - sozusagen präformiert - besteht, sondern daß sie - allerdings nur so weit wie möglich - ständig zu schaffen ist. Dies setzt neben der Einbeziehung der Zeit⁴⁹⁾ voraus, daß jeder Verfassungsnorm ein "Eigenleben" zuzubilligen ist, also auch ein möglicher Konflikt mit einer anderen Norm nicht a priori ausgeschlossen wird⁵⁰⁾.

Vor einem solchen möglichen Konflikt kann weder die Einteilung in verschiedene Kategorien ("Institution"/"Staatszielbestimmung") schützen (51), noch die unilaterale Festlegung des Wesens einer Einrichtung als quasi-autonome Größe (52), und - im Verhältnis zu Art. 33 Abs. 5 - ganz sicher nicht der Hinweis auf die Offenheit einer Staatszielbestimmung(53).

43) ULE, DVBl. 59, 112 (zust. GRABENDORFF ZBR 59,168); ULE, DVBl. 63,6; DERS.: Jur.Jahrbuch 2,224; DERS.: Die Grundrechte, IV/2 (1962), 537 ff. (663 ff.).

44) Zur inhaltlichen Seite IV. Kapitel, II. Interessant ist in jedem Fall, daß sich der Methodenstreit gerade an diesem Punkte (Sozialstaat) entzündet hat.

45) JUNG, Zweispurigkeit, S.189

46) ISENSEE, Beamtenstreik, 132

47) ULE, DVBl. 59, 112, 113

48) HESSE, Grundzüge⁴, 5 ff. m.N.

49) Dazu unten III,2

50) So aber JUNG, ISENSEE aaO

Stellt sich der erste, "harmonisierende" Ansatz noch als vergleichsweise harmloser Fall "vorbeugender verfassungsrechtlicher Konfliktsverdrängung" dar, steht der zweite, der

"spezialisierende Ansatz"

in einem starken Gegensatz zum Prinzip der "Einheit der Verfassung". Der "spezialisierende Ansatz" strebt keine vorbeugende Konfliktsbeschränkung an⁵⁴⁾, sondern versucht, den möglichen Konflikt zwischen Art. 33 Abs. 5 und den Staatszielbestimmungen apriorisch zugunsten der "Spezialnorm" Art. 33, V zu entscheiden.

Ein Eingehen auf den, ebenfalls von ULE herrührenden, spezialisierenden Ansatz (55) wäre an sich unnötig, da ULE seine Meinung später mehr in die Richtung des "harmonisierenden" Ansatzes gelenkt und sie jetzt wohl ganz aufgegeben hat (56). Leider hat ISENSEE in seiner Darstellung - offenbar zustimmend - eine ältere Äußerung ULEs zitiert, Art. 33 V GG habe

" gewissermaßen als lex specialis den Vorrang vor dem Sozialstaatsgrundsatz" (57).

Ein echtes Spezialitätsverhältnis kann es schon wegen Art. 79, III GG zwischen den Staatszielbestimmungen des Art. 20 GG und anderen Verfassungsbestimmungen nicht geben : hierüber besteht auch Einigkeit⁵⁸⁾.

Anmerkungen S.8

- 51) Die kategoriale Einteilung ist ein juristisches Hilfsmittel; dies wird besonders deutlich bei der Rechtsfigur der "institutionellen Garantie"; vgl. z.B. LERCHE, Übermaß u. Verfassungsrecht (1961), 236 ff. u. passim
- 52) So ULE aaO (N 47) im Zusammenhang mit seiner Behauptung, Art. 33 Abs. 5 GG könne in gewissem Umfang von der Beachtung grundlegender Verfassungsprinzipien "Dispens erteilen".
- 53) Im Zusammentreffen zwischen "offener" Staatszielbestimmung und "hergebrachten" Grundsätzen liegt ja gerade das Problem (s.u. III,2). Der Hinweis ISENSEEs (Beamtenstreik,131) geht deshalb fehl.

Anmerkungen S.9

- 54) Beide Ansätze finden sich bei ISENSEE aaO 132; die Berufung auf BVerfGE 17,337 (355) (ebda. FN 10) ist nicht möglich. Das Urteil wird von ISENSEE mißverstanden; s.u. IV.Kapitel, II,5
- 55) ULE aaO (N 47) und DVBl. 63, 6f.
- 56) Lit. FN 43. JUNG, Zweispurigkeit,177 FN 513 übersieht die älteren Äußerungen ULEs. Für die Aufrechterhaltung der früheren Meinung ULEs gibt es weder in ULE,Beamtenrecht (1970) und DERS. Diskussion 48,DJT, O 67ff. Anhaltspunkte.
- 57) ULE DVBl. 63,6f. zit. bei ISENSEE aaO, 132 FN 10

Als "unechte" Spezialität ist in Lehre und Rechtsprechung der Begriff der Ausnahmenorm bekannt⁵⁹⁾.

Ausnahmenormen können allgemein nur in sehr engen Grenzen für zulässig gehalten werden, da sie zwangsläufig desintegrativ wirken (60). Ein kurzer historischer Rückblick macht bereits deutlich, daß gerade die Verwaltung als denkbar ungeeignet erscheint, sich im Wege von Ausnahmenormen von den Staatszielbestimmungen auszuschließen:

"Denn darin besteht eben das Ansehen der Regierung, daß sie den Untertanen nicht die Freiheit läßt, nach ihren eigenen Begriffen, sondern nach Vorschrift der gesetzgebenden Gewalt über Recht und Unrecht zu urteilen" (KANT)(61). HEGEL kennzeichnet die "Regierungsgewalt" und die "Polizei" als "Geschäft der Subsumtion" (62), und LORENZ v. STEIN führt dann den modernen Gedanken der "tätig werdenden Verfassung" ein (63). Dieser Grundgedanke hat ungebrochene Wirksamkeit: die allgemeine zutreffende Meinung ist auch heute die, daß die "tätig werdende Verfassung" (die Verwaltung) einer besonders starken Bindung an die grundlegenden Wertentscheidungen der Verfassung unterliegt (64). Dies kommt nicht nur normativ zum Ausdruck (vgl. Art. 1,III, 20,III GG), sondern ist auch im Falle einer Verfassungskrise realiter nachzuweisen, da die Verfassungskrise in aller Regel mit einer Krise der Verwaltung und des Berufsbeamtentums zusammenfällt (65).

Art. 33 Abs. 5 kann somit in staatsorganisatorischer Hinsicht niemals "Ausnahmenorm" sein⁶⁶⁾.

Das gleiche gilt im übrigen für den dienstrechtlichen Aspekt:

Anmerkung S.9 (N 58): vgl. die bei N 40, N 41 zit. Literatur; ferner JUNG, Zweispurigkeit, S.177; ISENSEE, Beamtenstreik, 108; dezidiert jetzt auch ULE, in 48.DJT (Diskussion), S. 0 67: "...unser Staat (ist) nach dem Grundgesetz, und zwar unabänderlich nach Art. 79 Abs.3 GG, ein sozialer Rechtsstaat (...), und mir scheint, daß sich daraus sehr erhebliche Konsequenzen ergeben auch für die Stellung des öffentlichen Dienstes in diesem sozialen Rechtsstaat."

59) vgl. BACHOF, Verfassungswidrige Verfassungsnormen ? (1951) S. 38 ff; E. des BayVerfGH vom 24.4.1950 zu Art. 184 BV (= VerfGH n.F. 3,28, isbs. 47 ff.)

60) Zur Grenzziehung aufschlußreich: E. des BayVerfGH (N 59)

61) KANT, Der Streit der Fakultäten (Königsberg 1798), zit. Theorie-Werkausgabe o.J. Bd. XI, S. 287

62) HEGEL, Rechtsphilosophie § 287; zit. Studienausgabe Bd. II (Frankfurt 1968), S. 281

63) v. STEIN, Handbuch der Verwaltungslehre, 1887³, S.5

64) Lit. dazu : N 40, N 41, N 58; vgl. auch QUARITSCH, 48.DJT 0 55 (These 4); SCHÄFER 48.DJT, S. 0 19

65) Grundlegend SPANNER, NAUMANN, Die Berufsbeamten u. die Staatskrisen: VVdStRL 13 (1955); abw. LEISNER, Grundlagen, 7 : die Staatskrisen hätten die Krise d.B'tums überdeckt.

66) Insoweit zutr. ISENSEE aaO, 108: "Die Staatsform-Entscheidung des GG wäre geradezu unglaublich, wenn der Verf.-geber den öffentl. Dienst von ihr ausgenommen hätte."

Hier kann Art. 33 Abs. 5 GG allerdings schon deshalb keine "Ausnahmenorm" sein, weil die "Regel" eines einheitlichen dienstrechtlichen Status nicht existiert. Vielmehr geht die Verfassung eindeutig von einer "Zweispurigkeit" oder - historisch wohl genauer - Dreischichtigkeit aus (67). Die Dreischichtigkeit ist andererseits kein Alibi für eine Dienstrechtsgestaltung, die einem Staatsziel inadäquat ist (68).

Scharf zu trennen vom unzulässigen harmonisierenden oder spezialisierenden methodischen Ansatz ist die Frage, wie die Ausprägungen des dann⁶⁹⁾ "Eigenleben" entfaltenden Art. 33 Abs. 5 GG in der Zuordnung zu den Staatszielbestimmungen bewertet werden können. Hierbei geht es dann insbesondere darum, ob gewisse Ausprägungen der Norm als zulässige Ausdifferenzierungen oder als desintegrative Strukturen eingestuft werden müssen. Ausgehend von der besonders starken Bindung der Verwaltung an die Grundentscheidungen des GG⁷⁰⁾ wären desintegrative Tendenzen besonders kritisch zu untersuchen. Mit diesen Problemen, ihrer Untersuchung und Bewertung, befaßt sich der verfassungsstrukturelle Teil der Arbeit⁷¹⁾.

III. SPEZIELLE, DURCH ART. 33 V GG BEGRÜNDETE METHODISCHE SCHWIERIGKEITEN

(1) Artikel 33 Abs. 5 als Normenbündel

Bei jeder Beschäftigung mit Art. 33 Abs. 5 GG darf nicht übersehen werden, daß dieser Absatz einer Verfassungsbestimmung in Wirklichkeit ein "Normenbündel" darstellt⁷²⁾, d.h. sich aus einzelnen hergebrachten Grundsätzen zusammensetzt. Diese Tatsache wird durch die Globalverweisung auf die "hergebrachten Grundsätze" leicht verstellt. An dieser Stelle

67) Vgl. z.B. die Darstellung bei JUNG, Zweispurigkeit, 41-46 m.N. zur Geschichte der Arbeiter u. Angestellten im öff. Dienst; Vernachlässigung des Arbeiters bei THIEME, Aufgabenbereich (1962)

68) Auch ein "zweispuriges" Dienstrecht muß sich an den Staatszielen messen lassen; zwar jede Gruppe getrennt - aber doch ohne Verbot eines Vergleiches, wie es m.E. bisweilen bei JUNG (aaO 177 f.), besonders aber bei ISENSEE (aaO, 129-132) anklingt.

69) = ohne unzulässige Harmonisierung und/oder Spezialisierung

70) s.o.S.10 71) IV. und V. Kapitel

72) M-D-H Art. 33, Rd.77 sprechen von einem "Mantel".

kann nicht auf die Frage eingegangen werden, ob die "Summe" der einzelnen hergebrachten Grundsätze die Garantie des Art. 33 Abs.5 ausmacht, oder ob der einzelne hergebrachte Grundsatz nur als "Moment eines rechtlichen Zusammenhangs"⁷³⁾ zu werten ist. Jedenfalls können die einzelnen hergebrachten Grundsätze nach hM⁷⁴⁾ miteinander in Konkurrenz treten, so daß es methodisch von Vorteil ist, zur Bewältigung dieses "internen Konflikts" eine weitere Bewertungsebene zur Verfügung zu haben.

Diese Bewertungsebene läßt sich als die den einzelnen hergebrachten Grundsätzen zugrundeliegende, also "allgemeinere", Direktive des Art. 33 Abs.5 GG verdeutlichen. Diese Direktive kann wiederum nur aus den einzelnen hergebrachten Grundsätzen gewonnen werden. Ein Verzicht auf die Einzeluntersuchung der hergebrachten Grundsätze brächte nicht nur methodische Unklarheit mit sich, sondern führte im Wege der vorweggenommenen Beschränkung auf den "engsten Wesenskern des Berufsbeamtentums" (75) geradewegs zum Streikverbot und zum Verzicht auf Tarifautonomie - jedenfalls nach dem jetzigen Stand der Diskussion (76).

Die Reduzierung des "Normenbündels" auf einen "Wesenskern" ist als methodische Ausgangsbasis nicht tragfähig.

(2) Artikel 33 Abs. 5 und die Zeit

Jede Annäherung an eine Verfassungsordnung muß sich der Geschichtlichkeit ihres Gegenstandes bewußt sein.⁷⁷⁾ Insofern wird die Zeit zur "Kategorie der inneren Struktur von Staat und Recht"⁷⁸⁾. Die "Realisationsmöglichkeit der Inhalte der normativen Verfassung" hängt wesentlich davon ab, ob diese geschichtlich "zutreffen"⁷⁹⁾.

73) So ISENSEE, Beamtenstreik, S. 55

74) N. bei M¹D¹H, Art. 33, Rd. 60

75) So im Ergebnis JUNG, Zweispurigkeit, S. 189

76) Z.B. LEISNER, Grundlagen S.44; ISENSEE, Beamtenstreik; RAMM, Koalitions- und Streikrecht der Beamten (1970). Beschluss Nr.5 des 48.DJT (S. O 218) sowie Diskussion.

77) Vgl. ISENSEE, Beamtenstreik, S.112 N 5, der hieraus jedoch "apriorische Strukturen" des "modernen Staatstypus" ableiten will (ebda. 112).

78) HESSE, Grundzüge⁴, S.7 unter Bezug auf BÄUMLIN; LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft² (1969), 122ff., 226f. m.w.N.

79) HESSE, Grundzüge³, 11 ; DERS.: Die normative Kraft der Verfassung (Tübingen 1959), 11 ff. u. passim

Der Verfassungsgeber, der ja meist nach geschichtlichen Umwälzungen, aber vor Strukturierung eines neuen Gemeinwesens tätig wird⁸⁰⁾, muß deshalb in gewisser Weise "vorausdenken"; insbesondere muß eine - wenn auch nicht unbeschränkte - "Offenheit" der Verfassung gewährleistet sein.⁸¹⁾ Der Interpret wird es folglich in den Fällen, wo sein geschichtlicher Maßstab auf "offene", entwicklungsfähige Verfassungsinhalte trifft, leichter haben, die Einheit der Verfassung zu wahren, als in den Fällen, wo Inhalte geschichtlich "fixiert" werden sollen.

Art. 33 Abs. 5 GG verwendet ein Adjektiv, dessen Zeitkomponente sich auf einen geschichtlich zurückliegenden Abschnitt bezieht: "Hergebracht" sind Sitten, Vorstellungen, "Grundsätze" nach allgemeinem Sprachgebrauch, wenn sie auf eine - mehr oder weniger lange - Tradition zurückblicken können⁸²⁾.

Art. 33 Abs. 5 GG gibt somit in besonders deutlicher Form ein Problem auf, das mit der Fragestellung "Tradition als Rechtsbegriff" zutreffend umrissen ist⁸³⁾. Auch hiermit wird sich die Untersuchung zu befassen haben.

-
- 80) Diese im Zeitpunkt der Verfassungsgebung noch zukünftige Strukturierung des neuen Gemeinwesens übersieht ISENSEE, wenn er meint: "Der Verfassungsgeber hat die vorgefundene Gestalt des Gemeinwesens akzeptiert, soweit er sie nicht ausdrücklich umgestaltet hat" (aaO, 112). Die in diesem Zusammenhang geäußerte Polemik ISENSEEs gegen die "im Methodendunkel tappende Politologie" (ebda.) ist ein erneuter Beleg für die Geringschätzung sog. Hilfs- oder Nebengewissenschaften (vgl. Verf., 48. DJT, O 113).
- 81) Für alle HESSE, Grundzüge⁴, S. 12 f. m.w.N.
- 82) Herbringen - (lat.) tradere - Tradition; ebenso BVerfG 8,332: "In Art. 33 Abs. 5 GG handelt es sich..um einen Kernbestand von Strukturprinzipien, die..während eines längeren, Tradition bildenden Zeitraums(.....) als verbindlich gewährt worden sind" (Hervorh. d. Verf.).
- 83) So ("Tradition als Rechtsbegriff?") lautet der Titel eines Aufsatzes von MARTELS, in: NJW 70, 81.

II. KAPITEL

STELLUNG UND AUFGABE DER VERWALTUNG IM FÜHRUNGSKREISLAUF⁺ DES GRUNDGESETZES

I. ZUM BEGRIFF DER VERWALTUNG

Wenn in den methodischen Überlegungen des I. Kapitels für den Begriff der "Verwaltung" als Ansatzpunkt einer Untersuchung über Art. 33 Abs. 5 GG plädiert wurde, so stand dahinter die Absicht, diesen Begriff inhaltlich weiter aufzufüllen, als dies mit dem recht jungen Terminus "öffentlicher Dienst" (1) möglich erscheint.

Dieser Vorteil läßt sich nur durch eine Absetzung von den klassischen Definitionen der Verwaltung verwirklichen : denn weder eine negative Definition²⁾ noch ein Abstellen auf die "staatlichen Zwecke"³⁾ kann die angestrebte inhaltliche Auffüllung leisten.

+ zum Begriff s.S. 17 ff.

Anmerkungen:

- 1) Das Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920 (RGBl. I, S.147) verwendet jedenfalls noch nicht den Begriff "öffentlicher Dienst", wie KÖTTGEN fälschlich annimmt (Art. Öffentlicher Dienst in Staatslexikon V, Sp. 1192). Hingegen gelten "Verwaltungen des öffentlichen u. privaten Rechts" als "Betriebe" iS dieses Gesetzes (§9). In § 10 des Gesetzes findet sich die Fiktion, daß "öffentliche Beamte" nicht als Arbeitnehmer gelten; diese Fiktion kann gemäß § 13 durch VO der Reichsregierung (also untergesetzlich!) wieder aufgehoben werden. Bemerkenswert auch § 13 Abs. 4: dort können auch Arbeitnehmer als Beamten angesehen werden, wenn sie gleiche oder ähnliche Arbeiten wie die Beamten verrichten (Hervorhebung d. Verf.). Daraus geht m.E. hervor, daß zu dieser Zeit von einer endgültigen statusmäßigen Festlegung nicht gesprochen werden kann.
- 2) und 3) : Beide Definitionsansätze haben sich durchgesetzt durch O. MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht I (1895); genauso 3. Aufl. 1924 (Nachdruck 1961), S.1: "Danach ist Verwaltung im allgemeinen Sinne Tätigkeit des Staates zur Erfüllung seiner Zwecke" u. S. 7 : " Deshalb ist der Begriff Verwaltung..nur verneinend zu bestimmen: als Tätigkeit des Staates, die nicht Gesetzgebung oder Justiz ist". Vgl. auch JELLINEK, Verwaltungsrecht § 1; DERS.: Allgemeine Staatslehre, 1929³, 612; Übersicht bei WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 2; in der Schweiz übt die Definition von FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts (Neudruck der 8. Auflage für die Schweiz noch 1939, S. 3 ff.) teilweise noch Wirkung aus; so bei SCHWARZENBACH, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 3.Aufl. 1968, S. 8

Der Mangel dieser klassischen Definitionen, der wohl auch darauf zurückzuführen ist, daß sich die Juristen allzusehr des Gegenstandes Verwaltung bemächtigt hatten (4), ist freilich längst erkannt (5).

Da Verwaltung im umfassenden Sinne zunächst nichts mit dem "Staat" zu tun hat, deutet dies auf das Bestehen allgemeinerer Zusammenhänge hin, die durch eine sprachliche Klärung aufgedeckt werden können. Dabei können drei Elemente des Begriffes Verwaltung ausgemacht und hier (nur) zur Verdeutlichung getrennt werden :

1. Verwalten bedeutet führen, lenken, herrschen⁶⁾; jedoch hat der Begriff - wegen der Vorsilbe "ver" -
2. die Komponente der Abhängigkeit, der Stellvertretung in sich aufgenommen (7).
3. Führen etc. bedeutet das Beeinflussen anderer Menschen, um sie zu einem bestimmten Handeln - das wie gewöhnlich auch ein Unterlassen sein kann - zu veranlassen (8).

Für die öffentliche Verwaltung sind deshalb jene Bestimmungen von besonderer Bedeutung, die sich mit

1. dem Arbeitsgebiet (Beeinflussungsgebiet⁹⁾) der Verwaltung und dessen Grenzen
2. den Abhängigkeiten der Verwaltung von anderen "öffentlichen" Systemen, und
3. der Art und Weise, wie die Verwaltung nach außen hin, i.d. R. also gegenüber anderen Menschen, führen soll,

beschäftigen. Da Verwaltung ein Zweckgebilde ist¹⁰⁾, kann sich die öffentliche Verwaltung im Staate des GG nur legitimieren, wenn ihre Rückbindung an die Verfassung weitestgehend gewährleistet ist.

- 4) Richtig LEISNER, Grundlagen, S. 7 u.; die Klage ist allgemein, vgl. DEMICHEL-LALUMIERE, Le droit public, Paris 1969, 100: " Depuis la fin du XIX^e siècle, l'étude de l'administration publique a été conduite selon une optique étroite-ment juridique".
- 5) Für alle WOLFF, Verwaltungsrecht I aaO m.w.N.
- 6) Vgl. KLUGE-GÖTZ, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 1967²⁶, 835 f. (walten); FLEINER aaO (N 3), S.3, Fußnote 2 : "Ver-walten, walten, valere: lenken, regieren, einen Willen betätigen". WOLFF op.cit. S. 8 ff.
- 7) Jacob u. Wilhelm GRIMM, Grimms Wörterbuch, Leipzig 1854, Bd. 12/I, 2102 "Verwalter" : "überwiegend auf grund fremder bevollmächtigung als beamter, beauftragter, stellvertreter, angestellter". KLUGE-GÖTZ aaO, S. 811,820; LORENZ, Verwaltung in der Demokratie (1972) S.12 u. Anm.25 S.139.

Wenn es Verwaltung mit Menschen zu tun hat, dann bedeutet das in erster Linie Befriedigung von menschlichen Bedürfnissen¹¹⁾.

In der demokratischen Gesellschaft bedeutet dies Befriedigung demokratisch legitimierter Bedürfnisse (dazu unten II).

Wenn Verwaltung in vorgesehener Abhängigkeit "waltet", d.h. führt, beeinflusst, tut sie das in dreifacher Hinsicht:

gegenüber dem "Herrn" (dem Beauftragenden), gegenüber dem zu Beeinflussenden (dem "Abnehmer") und gegenüber sich selbst, also innerhalb des eigenen "sozialen Systems" (12).

Für die "öffentliche" Verwaltung bedeutet dies vereinfacht¹³⁾:

1. Führung gegenüber der politischen Spitze
2. Führung gegenüber der Bevölkerung
3. Führung im eigenen System = Interne Führung

Eine weitere Verdeutlichung der angesprochenen Führungsabläufe erfolgt nun anhand des zugrundeliegenden Verfassungsmodells.

Anmerkungen S. 15

- 8) Vgl. Lit. N 6, N 7 sowie LORENZ in Loccummer Protokolle 3/69, S. 45,47 und DERS. Verwaltung in der Demokratie, 11.
- 9) Nicht zufällig scheint Beeinflussung (Einfluß) auf die politische Abgrenzung von "Machtssphären" und "Gewaltenteilung" hinzuweisen.
- 10) vgl. LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, 11; KUNZE, Sachgerechtigkeit, in MORSTEIN MARX (Hrsg.), Verwaltung (1965), S. 229,236

Anmerkungen S. 16

- 11) Dieser an sich seit langem bekannte Sachverhalt (vgl. ber. MARX/ENGELS, Die deutsche Ideologie, I Feuerbach, in MARX/ENGELS Werke Bd. 3, Berlin 1969, 28 ff; in neuester Zeit die Arbeiten von MASLOW, isbs. A Theory of Human Motivation, in HUNNERYAGER-HECKMANN, Human Relations in Management, Cincinnati 1967, S. 333 ff.) wird häufig dadurch verstellt, daß er von vornherein anderen Kategorien untergeordnet wird; so der Kategorie der Wirtschaftlichkeit (vgl. HÜTL in MORSTEIN MARX op.cit. S. 282), des "öffentlichen" Bedürfnisses (z.B. BECKER in MORSTEIN MARX op.cit. S. 187, 188), der Abhängigkeit des Bürgers von der Verwaltung (z.B. LEISNER, Mitbestimmung, S. 66). Sehr klarer Ansatz dagegen bei LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, S. 11 ff.
- 12) Zum Begriff (u.a) LUHMANN, Funktionen und Folgen formaler Organisationen (Berlin 1964).
- 13) Innerhalb dieser drei Führungssektoren ergeben sich vielfältige Überschneidungen und Abhängigkeiten. Der Versuch, die externe Führung (als "hoheitsrechtliche") herauszubrechen, ist nicht möglich. So auch trotz verschiedenen Ansatzes JUNG, Zweispurigkeit, 119-123 .

II. DER FÜHRUNGSKREISLAUF DES GRUNDGESETZES SEINE BEDEUTUNG FÜR DIE VERWALTUNG

Schon begrifflich ist es jeder Verwaltung verwehrt, "sich ihre Ziele aus eigenem Recht zu setzen"¹⁴⁾. Die Legitimation, die Voraussetzung für das Tätigwerden von Verwaltung, kann in der Demokratie nur aus dem demokratischen Bereich stammen - und dieser ist vor allem ein politischer, kein "staatlicher" Bereich¹⁵⁾.

Die öffentliche Verwaltung wird in der Bundesrepublik Deutschland ganz überwiegend nicht auf "direkt-demokratischem" Wege legitimiert, d.h. etwa durch Wahl der Verwaltungsmänner oder Abstimmung über einzelne Vorhaben¹⁶⁾. Infolgedessen kann die Verwaltung ihre Legitimation nur auf andere Weise erreichen. Dieser Weg geht aus von den körperlichen, gesellschaftlichen oder schöpferischen Antrieben der Menschen und endet bei der Befriedigung der legitimierten Bedürfnisse durch die Verwaltung. Da Ausgangspunkt und Ende sich entsprechen (sollten), läßt sich von einem Führungskreislauf sprechen¹⁷⁾; den Ausgangspunkt hat das GG in Art. 20, II, 1 GG bindend festgelegt: alle Führungsimpulse gehen vom "Volk" aus.

Wenn auch die Führungsimpulse für die Verwaltung vom Herrscher sei es ein einzelner oder eine Gruppe ausgehen, liegt ein autoritäres Regime vor. Setzt sich die Verwaltung ihre Ziele aus "eigenem Recht", wird Verwaltung zur Herrschaft, zur "Bürokratie", wird der Staat zum "Verwaltungsstaat". 18)

- 14) So die prägnante Formulierung von MORSTEIN MARX, in Verwaltung, S. 78
- 15) Mit "staatlich" soll hier die vorgebliche "Autonomie" des "Modernen Staates" angesprochen werden, der selbständig über Aufgabenstellung und -vollzug befinden könne (vgl. QUARITSCH, 48.DJT O 36f., 055; ähnl. ISENSEE, Beamtenstreik, 112-115). Das "Staatsvolk" - zweifellos eine "gubernative Instanz" - setzt sich aus bedürfnisorientierten Menschen zusammen, die politisch handeln. Hier von "Autonomie" zu sprechen heißt die Abstraktion um des Prinzips willen zu übersteigern.
- 16) Ob das Zurücktreten des direkt-demokratischen Elements in diesem Ausmaße geboten ist, kann im Rahmen der Arbeit nicht behandelt werden.
- 17) LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, 48 ff. m.N.; vgl. auch ISENSEE, Beamtenstreik, 120, der jedoch die (abstrakte) "Hoheitsmacht" in den Vordergrund stellt.
- 18) Zu diesen Begriffen u.a. JACOBY, Die Bürokratisierung der Welt (1969), 233ff.; ALBROW, Bürokratie (1972); LORENZ op. cit. isbs. 130ff; MORSTEIN MARX, Einführung in die Bürokratie (1959).

Das Grundgesetz geht davon aus, daß die öffentliche Verwaltung Menschen nicht beeinflussen (führen) darf, wenn kein legitimierender Akt des Volkes bzw. seiner demokratischen Repräsentanten vorliegt (Art. 20,III, 80,I GG)¹⁹⁾. Insofern ist hier institutionell die Rückbindung der Verwaltung angesprochen.

Die Rückbindung der Verwaltung an das einzelne Individuum wird zunächst weniger deutlich:

diese Domäne blieb bisher weitgehend dem Verwaltungsrecht überlassen, das seinerseits besonders stark auf den Bereich der Judikative abstellt. Verfassungsrechtlich besonders aufschlußreich sind deshalb die Ausführungen des BVerfG, besonders im "Mikrozensus"-Urteil (20), auch wenn sie das Problem eher von einer Antithetik "staatlicher Zwang/ individuelle Freiheit" (21) angehen und nicht im Hinblick auf die demokratische Legitimation der Verwaltung.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG

ist die menschliche Würde oberster Wert in der Wertordnung des Grundgesetzes (22). Dieser widerspricht es, "den Menschen zum bloßen Objekt im Staate zu machen" (23). Demzufolge gibt es "auch für den Staat der modernen Industriegesellschaft Sperren vor der verwaltungstechnischen Entpersönlichung" (24). Der Staatsbürger hat ein Recht auf Einsamkeit, das Recht, von der Verwaltung in Ruhe gelassen zu werden (25).

Positiv gewendet heißt das, daß die öffentliche Verwaltung nur handeln darf - und das ist m.E. sowohl unter institutionellem wie unter konkret-individuellem Vorzeichen von Verfassungs wegen gewährleistet - , wenn demokratisch legitimierte Handlungsprogramme an sie herangetragen werden²⁶⁾.

19) Daraus ergibt sich einmal das verfassungsrechtliche Verbot einer schlichten "Unternehmerfunktion" des Staates (so LEISNER, Grundlagen, S. 50 FN 74) und andererseits das Gebot parlamentarischer Kontrolle gerade im Bereich der sog. "Leistungsverwaltung" (vgl. LEISNER, Mitbestimmung, S. 73 ff. m.w.N.).

20) BVerfGE 27,1

21) FORSTHOFF, Verwaltungsrecht Allg.Teil 1966⁹, S. 340

22) BVerfGE 6,32,41; 27,1,6 23) E 5,85,204; 7,198,205; 27,1,6

24) BVerfGE 27,1,7 25) BVerfGE 27,1,6 m.w.N.

26) Das Prinzip duldet keine Ausnahme - auch nicht im Bereich der sog. Leistungsverwaltung, vgl. N 19 . Daran ändert sich auch nichts, wenn es "bisher noch nicht gelungen ist, ..adäquate normative Legalitätsformen zu entwickeln" (vgl. LEISNER, Grundlagen, 51), d.h. die Durchführung des Prinzips juristisch noch nicht genügend erfaßt ist.

Diese Handlungsprogramme haben - wie bereits oben (S.16f.) dargelegt - ihren Ursprung in zunächst latenten, dann artikulierten Ausgangsbedürfnissen. Die Artikulation (Art. 5,I,1 GG) ist für den demokratischen Prozeß "schlechthin konstituierend"²⁷⁾. Da die Bedürfnisse der Bevölkerung in sich in aller Regel widersprüchlich sind, verlangen sie zur Chance ihrer Durchsetzung nach einer "interessenmäßigen Organisation"²⁸⁾.

In unserer Verfassungsordnung sind hierfür die Kommunikations- und Mediatisierungsorgane, namentlich Verbände und Vereinigungen vorgesehen, so z.B. (29) die Vereinigungen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen (Art. 9 GG), die politischen Parteien (Art. 21 GG), die Presse (Art. 5 I 2 GG) sowie sonstige Formen artikulierter öffentlicher Meinung (Art. 5,I,1 , 8 GG).

Dieser Organisations- und Kommunikationsprozeß soll neben der Filtrierung und Abstraktion auch der Akzentuierung der Bedürfnisse dienen³⁰⁾, denen in diesem politischen Bereich als "Interessen" Gewicht verschafft werden soll³¹⁾.

Bekanntlich liegt in diesem Stadium das größte Problem darin, eine Verzerrung der Interessenlage zu verhindern. Anzusprechen wären hier der "Zerfall bürgerlicher Öffentlichkeit" (32), die Autonomiebestrebungen von Institutionen und Verbänden, die als Instrument öffentlicher Meinung konzipiert waren (33) und die Tendenz der Verwaltung, sich frühzeitig - aus "neutralen", "fachlichen" Erwägungen heraus - in den politischen Prozess einzuschalten und damit Initiativen abzuwürgen. Aus dem Ohnmachtsgefühl der Bürger erwächst der Wunsch nach Gegenverwaltung, wie sie sich ansatzweise in Bürgerinitiativen konstituiert. Erwägenswert wäre zur Entzerrung - neben der m.E. notwendig demokratischen Organisation der Mediatisierungsorgane (34) - die Zuordnung von Verwaltung als Hilfe für den Bürger (35).

27) BVerfGE 7, 198,208

28) THIEME, Verwaltungslehre (1967) S.74 (Rd.292); Lit.N 29ff.

29) Die Beispiele sind nicht abschließend; in der Verfassung erwähnt die Kirchen (Art. 140 GG, 137 WRV); Überblick bei SONTHEIMER, Grundzüge des politischen Systems der BRD, 1973³, 114-128

30) In der Lit. kommt die akzentuierende Komponente eindeutig zu kurz; besonders krass ISENSEE, Beamtenstreik S. 118, der offenbar das sich "wechselseitig in Schach halten" der "gegenläufigen Tendenzen der pluralistischen Gesellschaft" im Hinblick auf die "Entschließungsfreiheit der Legislative" allein für zulässig erachtet.

31) Vgl. SÖRGEL, Konsensus u. Interessen (1969); ELLWEIN, Einführung in die Regierungs- u.Verwaltungslehre (1966); SONTHEIMER, op.cit.; LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, 50ff.

32) HABERMAS, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1968³, 193 ff.

33) HABERMAS, aaO, 194; SÖRGEL aaO, 91 ff; SONTHEIMER aaO, 125ff.

Ob ein Interesse als vorrangig zu betrachten ist, ob aus verschiedenen Handlungsprogrammen eines als "Verwaltungsaufgabe" ausgewählt wird, ist dann Sache anderer, zumeist direkt-demokratisch legitimierter Organe.

Das GG sieht hier allerdings eine äußerst komplizierte Regelung vor : zwar hat das Parlament im Verfassungsmodell das "letzte Wort" (vgl. Art. 77,I und IV GG); die Querverbindungen zwischen Parlament und Regierung (besser: Regierungsfraktion/en und Regierung), politischen Parteien und Regierung/Parlament, administrativen Elementen und Legislative(36) sind zahlreich.

Im Normalfall werden Regierung und Parlament³⁷⁾ ohne Zuarbeitung und Beratung durch die Verwaltung gar nicht in der Lage sein, die verschiedenen Programme auszuwerten, auszuwählen oder Integrationsmodelle zu schaffen³⁸⁾. Auch wenn sich diese Planungstätigkeit der Verwaltung begrifflich als "Vorbereitungshandlung"³⁹⁾ einordnen läßt, vermag ein derartiger Begriffssapparat die politische Wirksamkeit der Verwaltung als realen Einfluß nicht zu erfassen⁴⁰⁾. Planung und "Vollziehung" hängen nicht nur zusammen (vgl.o.S.16): die administrative Planung verdichtet sich in jedem Produkt der Verwaltung⁴¹⁾ zu einer Führung der Bedürfnisträger, d.h. zu einer Beeinflussung der Bevölkerung.⁴²⁾

Anmerkungen S. 19

- 34) Für die politischen Parteien verlangt dies Art. 21,I,3 GG. Für andere Bereiche (z.B. die Presse) besteht kein "gesamtgesellschaftlicher Konsens" (LEISNER, Mitbestimmung, 24 ff., 31). Das Fehlen wirksamer Kontrollmöglichkeiten gegenüber den Verbänden wird jedoch allgemein beklagt (SONTHEIMER, aaO, S. 126).
- 35) So der Vorschlag von LORENZ, Verwaltung in der Demokratie. Anmerkungen S.20
- 36) Auf Bundesebene der Bundesrat; in Bayern wird im Senat (Art. 34 ff. BV) mehr das gesellschaftliche, berufsständische Element betont.
- 37) Auch im Parlament gibt es Ansätze von "Gegenverwaltung", sobald die Kanäle zu Regierung/Verwaltung gestört sind.
- 38) Schon aus Gründen des von unten nach oben gelenkten Legitimationsstromes (insoweit zutr. ISENSEE op.cit.,120) sollte die Auswahl, nicht die Nivellierung im Zentrum stehen.
- 39) So JUNG, Zweispurigkeit, 122; ähnl. ISENSEE, Beamtenstreik, S. 86
- 40) Hierauf hat schon BLUNTSCHLI (Lehre vom modernen Staat III, Politik, Stuttgart 1876, S.466,468) hingewiesen.
- 41) = Sachgüter u. Dienstleistungen, MORSTEIN MARX, Verwaltung, 83

Produkterbringung gegenüber der Bevölkerung und Dienstleistungserbringung gegenüber den politischen Entscheidungsgremien ist demnach die Primäraufgabe der Verwaltung, wobei die Kennzeichnung der Verwaltung als politisch "als aufklärende Feststellung einen eigenen Wert (hat). Sie konstatiert den realen Einfluß der Administration, indem sie deren Anteil bei der Erfüllung menschlicher Motivationen beleuchtet"⁴²⁾.

Über den historischen Beleg hinaus (vgl.o.S.10) wird auch im Verfassungsmodell des GG deutlich, daß sich die Verwaltung "maßgerecht in die Verfassung einfügen (muß)"⁽⁴³⁾, und zwar in doppelter Hinsicht:

- (a) Jede Verwaltung verdankt ihre Existenzberechtigung der Erfüllung von menschlichen Bedürfnissen ⁽⁴⁴⁾; da die öffentliche Verwaltung mit der Planung und dem Vollzug politisch gewordener Bedürfnisse ("Interessen") befaßt ist, ist sie in Aufbau und Aufgaben zwingend davon abhängig, wie die Interessendurchsetzung und -auswahl im jeweiligen Gemeinwesen funktioniert. Dieser eher organisatorische Aspekt des Führungskreislaufes wird traditionellerweise einseitig auf die Staatsorganisation bezogen: "Jeder Staat bedarf einer seinen spezifischen Bedürfnissen angepaßten Amtsverfassung" (KÖTTGEN) ⁽⁴⁵⁾. Dies ist schon deshalb - unter der Herrschaft des GG - nicht richtig, weil sich der halbe Führungskreislauf im "gesellschaftlichen" Sektor abspielt (oben S. 19), und die Durchsetzung der artikulierten Bedürfnisse in diesem politischen Bereich die "Staatsaufgaben" erst konstituiert. Die Interessendurchsetzung ist freilich im Rechtsstaat (Art. 20, I GG) für die Verwaltung nur insoweit von Belang, wenn sie so funktioniert, wie sie funktionieren soll ⁽⁴⁶⁾.

Ein zu starkes Abstellen auf die "mehr angelastete, ausgerichtete Tätigkeit"⁴⁷⁾ der Verwaltung oder auf ihre "Umsetzung der großen Entscheidungen in Einzelmaßnahmen"⁴⁸⁾ würde allzuleicht vernachlässigen, daß die Verwaltung mit

42) LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, S. 11.

43) THIEME, Ist das Berufsbeamtentum in unserer Gesellschaft noch notwendig? ZBR 65,33

44) vgl.o.S.16; "Wirtschaftlichkeit" (HÜTTL in MORSTEIN MARX, Verwaltung, 282) oder "Effizienz" (ISENSEE, Beamtenstreik, 98 m.N.) sind erwünschte Nebenfolgen.

45) KÖTTGEN, Das deutsche Berufsbeamtentum (1928), S.2

46) vgl. PARTSCH, Verfassungsprinzipien u. Verwaltungsinstitutionen, S.7: "Rechtswidrige Verwaltung ist zwar auch Verwaltung, doch keine im Rechtsstaat zulässige Form." Die geschilderten Grundzüge gelten auch für die Länder (Art.28).

47) So HESSE, Grundzüge³, S. 199

48) So THIEME, Verwaltungslehre, S. 3

der Planung und dem Vollzug dieser politischen Aufgaben befaßt ist; ihre Stellung und Aufgabe im Führungskreislauf der Verfassung, -die ja politische Einheit bilden will,⁴⁹⁾ muß hierauf abgestimmt sein.

- (b) Der politisch reale Einfluß der Verwaltung muß jedoch nicht nur in verfassungsorganisatorischer Hinsicht, sondern als konkret-individueller Vorgang in gleicher Weise in die Verfassung eingebettet sein⁵⁰⁾. Für das betroffene - sich aus einzelnen Menschen zusammensetzende - "Staatsvolk" ist die konkrete und möglichst umfassende Befriedigung der legitimierten Bedürfnisse geradezu der Maßstab einer gerechten Verwaltung.

Die demokratische Legitimation der Verwaltung ist demnach weniger in der von der Verfassung ohnehin vorgeschriebenen Erhaltung des Führungskreislaufes (Art. 1, III GG) zu suchen⁵¹⁾, sondern vielmehr in dessen Optimierung:

Nicht ohne Grund könnte man die Grundrechte auch als Bedürfnisgarantien bezeichnen (52), deren lückenlose Absicherung im Führungskreislauf bemerkenswert ist (vgl. Art. 20, II, 1 - 5, I - 8, 9, 21 - 20, II, 2, III GG) (53).

Die Erfüllung dieser verfassungsrechtlich abgesicherten "Bedürfnisgarantien" - und nicht nur deren "Einhaltung" -⁵⁴⁾ ist tendenziell Daueraufgabe der Verwaltung und gleichzeitig Legitimation für den Gestaltungsauftrag der öffentlichen Verwaltung. "Gestaltung" wäre es bereits, wenn der veränderten Bedürfnisstruktur eine insoweit veränderte Verwaltungsstruktur entgegenkäme (Sekundäraufgabe): die ver-harmlosende Darstellung eines "Nachhinkens" der Verwaltung⁵⁵⁾ stellt ihren Gestaltungsauftrag zur Disposition.

49) Die "staatseinende Regierungstätigkeit" (ISENSEE, Beamtenstreik, 86) ist allenfalls (psychologische) Folge des Versuches politischer Einheits-/Mehrheitsbildung.

50) Die "negative Entsprechung" der Nicht-Tätigkeit der Verwaltung ist oben (S.18) behandelt.

51) In diesem Bereich ist vor allem die Rechtsprechung "zu Hause".

52) Art. 2, II, 1 GG: Gewährleistung elementarer körperlicher Bedürfnisse; Art. 2, I GG: Gewährleistung kreativer Entfaltungsbedürfnisse, bestr. vgl. HESSE, Grundzüge³, 162.

53) "Lückenlosigkeit" = systematische Geschlossenheit

54) "Hüter der Verfassung" ist die (Verfassungs)Rechtspr.

55) ISENSEE, Beamtenstreik, 88f.; LEISNER, Grundlagen, 51.

Bevor hieraus Folgerungen für das Verwaltungshandeln gezogen werden (unten III), soll noch auf ein hiermit zusammenhängendes, in der Literatur oft behandeltes, Thema eingegangen werden:

Der "Aufgabenwandel der Verwaltung"⁵⁶⁾ wird erst dann recht begreiflich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß diesem Wandel die sich ändernde Bedürfnisstruktur der Bevölkerung zugrunde liegt.

Auch wenn man den Vorschlag von MASLOW⁵⁷⁾, der eine Hierarchie der Bedürfnisse annimmt, als zu weitgehend ablehnen muß, so ist in der spezifischen historischen Entwicklung Westdeutschlands nach 1945 doch eine solche, aus der anfänglichen Not-situation erklärliche, Stufenabfolge körperlicher, gesellschaftlicher und kreativer Bedürfnisse festzustellen (58).

Es leuchtet ein, daß sich nach der Sicherstellung der elementarsten körperlichen Bedürfnisse (z.B. Lebensmittel - und Wohnraumbeschaffung), dem allmählichen Ausbau der Infra - struktur (gesellschaftliches/kommunikatives Bedürfnis) das Interesse der Bürger mehr und mehr den Entfaltungsbedürfnissen (z.B. Berufs-, Schul-, Hochschulausbildung) zuwandte. Diese Tendenz hält an (59).

Die sich ändernde Bedürfnisstruktur der Bevölkerung konnte sich aber vor allem deswegen in den Verwaltungsaufgaben niederschlagen, weil das demokratische Verfassungsmodell des GG die Durchsetzung legitimierter Interessen der Bürger sichern will, und weil den Bürgern - trotz aller gegenläufigen Tendenzen - mit dem im GG vorgezeichneten Führungskreislauf erstmalig ein wirksames Instrument zur Durchsetzung ihrer

56) Aus dem unübersehbaren Schrifttum:

ULE (Hrsg.), Die Entwicklung des öffentlichen Dienstes (1961), JUNG, Zweispurigkeit (1971) umfassend, Auswertung S. 87 ff. THIEME, Gutachten zum 48. DJT, S. D 16 ff.; FORSTHOFF, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938); DERS.: Verfassungsrechtliche Prolegomena zu Art. 33 Abs. 5 GG, DÖV 51,460,461; DERS.: Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959); BECKER, Verwaltung u. Verwaltungsrechtssprechung VVDStRL 14 (1956), 96,99 ff.; SCHEUNER DÖV 59, 585,586 ff.; KERN DÖV 69,416,420; REINHARD ZBR 72,1,5; GIEHL BayVBl. 72,57

57) MASLOW op.cit. (N 11), S. 333 ff.

58) vgl. LORENZ in Loccumer Protokolle 3/69, S.46

59) Vgl. die bei THIEME, Gutachten zum 48.DJT, S. D 16 ff. wiedergegebene Kurzfassung seiner Prognose (THIEME u.a., Föderalismus im Wandel, 1970). Zu beachten sind immer "natürliche" Grenzen (Nichtvermehrbarkeit von Boden,Rohstoffen etc.), die der Durchsetzung der -fast nie unvermischt auftretenden- Bedürfnisse entgegenstehen.

legitimierten Interessen zur Verfügung stand. Deshalb - und nicht etwa als bloße "Folge der geänderten Sozialstruktur"⁶⁰⁾ - spiegelt sich in der BRD die veränderte Bedürfnisstruktur in den veränderten Verwaltungsaufgaben wieder, auch wenn dies nur unvollkommen und "nachhinkend" geschieht. Nur aus diesem verfassungsrechtlichen Grunde ist auch die Beschäftigung mit zunächst "außerjuristischen" Begriffen (z.B. "Bedürfnis") im Rahmen dieser Arbeit sinnvoll.

III. FOLGERUNGEN FÜR DAS VERWALTUNGSHANDELN

Die veränderte Bedürfnisstruktur der Bevölkerung und der damit verfassungsrechtlich vorgezeichnete Aufgabenwandel der Verwaltung hatte zur Folge, daß sich das Arbeitsgebiet der Verwaltung (vgl.o.S.15) immer mehr in den Bereich verlagerte, den der Verfassungsgeber mit Sozialstaat bezeichnet hat⁶¹⁾.

Diese Entwicklung konnte der Verfassungsgeber in der wirtschaftlichen und politischen Situation der ersten Nachkriegsjahre kaum voraussehen. Es beweist jedoch geschichtliches Augenmaß, wenn z.B. ein Landesverfassungsgeber "angesichts des Trümmerfeldes" (62) den Weg für den noch weit entfernten Sozialstaat eröffnete. Polemik und Gegenpolemik über "geistesabwesende Verfassungsväter" (63) vermögen daher nur von dem später zu erörternden Problem abzulenken, ob die rechtliche Ausgestaltung der auch vorrangig am Aufbau des Sozialstaates beteiligten Institution eine ähnliche geschichtliche Offenheit (vgl.o. S. 12 f.) erkennen läßt.

Prima vista scheint es sinnvoll, daß sich mit der Verlagerung des Arbeitsgebietes auch eine Änderung des Verwaltungshandelns ergeben sollte.

- 60) Wie JUNG, Zweispurigkeit, S. 90 annimmt: Industrialisierung, Technisierung, Bevölkerungszuwachs und Verstädterung (JUNG S. 89) treffen auf nahezu alle Staaten im europäischen (Ost wie West) und nordamerikanischen Raum zu, ohne daß sich für diese Staaten durchgängig eine ähnlich veränderte Aufgabenstruktur der Verwaltung nachweisen ließe. Die entscheidende Rolle des (Verfassungs-) Rechts wird von JUNG (und anderen) übersehen.
- 61) Zutr. HESSE, Grundzüge³, S. 200 m.N.; THIEME, Verwaltungslehre, S. 48; vgl. LEISNER, Mitbestimmung, S. 73; BADURA, DÖV 68, 446 ff.; HERZOG, Festvortrag 48, DJT;
- 62) Präambel der Verfassung des Freistaats Bayern vom 2.12. 1946 (BayBS I, S.3) u. Art. 3 BV (Sozialstaat).
- 63) Vgl. KLUNCKER, ÖTV- Beamten Nachrichten 1970, Heft 1, S.1 und dagegen v.MÜNCH, JZ 70,332, Glosse "Geistesabwesende Verfassungsväter?".

Nach dem gewählten Ansatz (vgl.o. S. 22) wird das "richtige" Verwaltungshandeln geradezu zu einer Frage der Legitimation der Verwaltung, da diese mehr leisten muß als "gerichtsfeste" Verwaltungsentscheidungen und sich nicht - mit den Worten RONNEBERGERS - mit dem " Rückzug auf die formelle Rechtsbasis " begnügen darf (64).

Obwohl das Problem der jeweils angemessenen "Handlungsform" der Verwaltungen in der Literatur und besonders in der Praxis eine große Rolle spielt⁶⁵⁾, wird es bislang mehr unter (werbe)psychologischem oder verwaltungswissenschaftlichem Aspekt gesehen. Tatsächlich bieten vordergründig weder Grundgesetz noch Verwaltungsrecht hinreichende Anhaltspunkte für das "richtige" Verwaltungshandeln. Immerhin ist unbestritten, daß die Verwaltung nicht beliebig führen darf und daß die - allerdings auf dem "Boden des gewaltenteilenden Rechtsstaates" entstandenen⁶⁶⁾ - Kriterien der Selbstbindung und eines über das Willkürverbot hinausgehenden Gleichheitssatzes auch ihre Berechtigung behalten⁶⁷⁾. Dies reicht jedoch zur Legitimation der Verwaltung nicht aus, da auch diese Kriterien von der gerichtlichen Kontrolle her entwickelt wurden.

Den richtigen Ansatz für eine Theorie des sozialpflichtigen Verwaltungshandelns liefert jedoch - wenn auch etwas verklau-suliert - eine Entscheidung des BVerfG:

Das Gericht vergleicht Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit mit Eingriffen in die Integrität der menschlichen Person in geistig-seelischer Beziehung, und unterzieht sie einer verfassungsrechtlichen Beurteilung. Es kommt zu dem Schluß,

daß dem Schutz der seelischen Integrität "ein besonders hoher Wert beizumessen" sei⁶⁸⁾.

64) RONNEBERGER, Verwaltungshandeln in der entwickelten Industriegesellschaft, Der Staat 2/63, S. 129 ff., 148
Dieser Gegensatz kommt auch zum Ausdruck in §§ 113, IV, 114 VwGO einerseits (Rahmen der gerichtlichen Nachprüfung), § 68 VwGO andererseits (Prüfung auch der "Zweckmäßigkeit" durch die Widerspruchsbehörde).

65) vgl. z.B. Loeccumer Protokolle 3/69: "Zwischen Staatsautorität und Dienstleistung"; Die Schwierigkeiten der Praxis werden deutlich (Beisp. aus neuester Zeit) in der Rede von GENSCHER, Funktion u. Bedeutung des öff. Dienstes in der modernen Industriegesellschaft, Bulletin 3/73, S. 21 ff. und in der Titelgeschichte des SPIEGELS Nr. 6/73, S. 38 ff. über Deutschlands Polizei.

66) Zutr. FORSTHOFF, Verwaltungsrecht Allg. Teil, S. 340

Diese angesichts der ausdrücklichen Garantie des Art. 2, II, 1 GG zunächst überraschende "Bevorzugung" in der Bewertung des BVerfG leuchtet dann ein, wenn man das dahinterliegende Prinzip erkennt: der motiviert handelnde Mensch wird eher bereit sein, Eingriffe auch härtester Art zu erdulden, wenn damit Lebenserhaltung und Lebenssicherung erreicht werden kann (man denke an eine Operation oder die Bekämpfung eines Brandes). Hingegen wird das Individuum Einnischungen in seinen kommunikativen Bereich (z.B. Bewegungsfreiheit) nur ungern und vor allem unter gleichmäßiger Verteilung der Lasten, Störungen seines Entfaltungsbereiches (künstlerische, wissenschaftliche Betätigung) im Prinzip überhaupt nicht akzeptieren.

Die "Nichtbeliebigkeit" des Verwaltungshandelns verdichtet sich somit zu einer Abschichtung und Differenzierung, die vor allem von der Qualität des Ausgangsbedürfnisses bestimmt sein muß. In der Rechtsordnung des GG ist diese Abschichtung nur ansatzweise und unvollkommen ausgeprägt⁶⁹⁾; sie wird jedoch - wie das Urteil des BVerfG zeigt - stillschweigend vorausgesetzt. Im Hinblick auf das nach außen gerichtete Verwaltungshandeln⁷⁰⁾ lassen sich jedoch einige dieser Ansätze auch in der Verfassung nachweisen.

In Erinnerung zu rufen (vgl. o. 17 ff.) ist zunächst das "Grundverhältnis" der "Führungslosigkeit", das institutionell durch Art. 20, III und 80, I GG und konkret-individuell durch die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 1, I, III GG gewährleistet ist. Im Gegensatz zu einer auch heute noch weitverbreiteten antinomischen Betrachtungsweise (71) ist dieser "Grundzustand" nicht etwa im Bereich "liberaler Freiheitsrechte" angesiedelt worden, sondern als eine Kernzone demokratischer Legitimation der Verwaltung. Die Bedeutung dieser Kernzone kann sich aber

Anmerkungen S. 25

67) Vgl. dazu nur MERTENS, Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitssatzes (1963); LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht (1961), isbs. 24 ff., 211 ff.; zur neueren Rspr. vgl. BVerfGE 18, 38, 46; 20, 31, 33; 21, 6, 9; zur sog. Verhältnismäßigkeit auch BVerwG NJW 73, 339 ff.

68) BVerfGE 27, 334, 351

Anmerkungen S. 26

69) Demgegenüber hat die Verwaltungswissenschaft sehr viel klarere Begriffe und Modelle entwickelt; vgl. die Einteilung bei LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, 37 ff. (Eingriffs-, Austausch-, Förderungsmodelle).

70) Für den Innenbereich der Verwaltung ist dies getrennt zu untersuchen, s.u. III. Kapitel, VI ("Hierarchie").

71) Wie sie z.B. in der ISENSEE'schen Auffassung der Sozialstaatsklausel (S. 129 op.cit.) anklingt; differenzierender JUNG, Zweispurigkeit, 176, m.N.

nicht im statischen Ruhezustand einer "untätigen" Verwaltung erschöpfen: die Führungslosigkeit färbt vielmehr auf die tätige Verwaltung ab und leitet damit eine Differenzierung des Verwaltungshandelns ein.

Daß der "Grundzustand" der Führungslosigkeit der Verwaltung nur in dieser "abfärbenden", zuordnenden Komponente von verfassungsrechtlicher Bedeutung ist, erhellt auch daraus, daß äußerster Eingriff und weitestgehend überlassende "Führung" in der Verfassungsordnung nicht mehr "verwaltungsspezifisch" sind. In akuter Notsituation darf sich das Einzelinteresse ohne Rücksicht auf die Bedürfnisse anderer auch mit Gewalt durchsetzen (vgl. §§ 53,54 StGB). Verwaltung im Bereich menschlicher Spontaneität und Kommunikation ist eher als Albtraum denn als adäquates Handeln - das wohl als "Anarchie" zu bezeichnen wäre - vorstellbar.

Im Bereich der gesellschaftlichen Bedürfnisse gewinnt die Aussage des BVerfG von der Gemeinschaftsbezogenheit des Bürgers⁷²⁾ besondere Bedeutung; dieser entspricht auf Seiten der Verwaltung die nötige Bürgerbezogenheit der Verwaltenden. Dieses Austauschverhältnis der Sozialpflichtigkeit kann seine Nähe zum alten Begriff des "Gemeinwohls" nicht leugnen, das von jeher verwaltungsspezifisch ist; unter der Geltung des GG sind Austausch sowie gegenseitige Abhängigkeit unter Wahrung des Einzelinteresses konstitutive Elemente des "Gemeinwohls"⁷³⁾.

72) BVerfGE 4,7,15; 7,198,205; 24,119,144; 27,1,7 st.Rspr.

73) Rspr. N 72; vgl. die Konstruktion der Art. 5,II und III, 9, 12, 14, 21 GG; Literaturauszug zum Problem "Gemeinwohl" : RONNEBERGER aaO (N 64), 144 ff.; MORSTEIN MARX, Einführung in die Bürokratie, 192; LEISNER, Grundlagen, S. 16 m.N.; die gleichmäßige Wahrung der Menschenwürde jedes Einzelnen betont RYFFEL in MORSTEIN MARX, Verwaltung, S. 267; ähnl. wie Verf. MAST, Précis de droit administratif, Bruxelles-Gand 1966, S. 4 : "L'action administrative ne peut s'exercer qu'en vue de l'intérêt général et l'intérêt général doit toujours l'importer sur l'intérêt particulier".

Die Beziehung zwischen Austausch und "Gemeinwohl" verdeutlicht die Bedeutung von Information als typische "Austauschaufgabe"; hierzu u.a. SCHOLLER, Person und Öffentlichkeit (1967); HÄMMERLEIN, Öffentlichkeit und Verwaltung (1966); im Hinblick auf den Austauschcharakter bedenkenlich die Bezeichnung als "Öffentlichkeitsarbeit der Verwaltung" (DERS. DÖV 69,193; ähnl. ISENSEE, op.cit.,87). Hierzu jedoch ausführlich IV.Kapitel, IV, 4.

Zur traditionellen Interpretation des Wohles der Allgemeinheit (vgl.§ 52,I BBG, § 35,I BRRG) in der Beamtenliteratur unten III. Kapitel, III. V. ; vgl. V. Kapitel, IV, 2.

Wenn die Verwaltung im Bereich der Entfaltungsbedürfnisse führen, d.h. ein Verhalten der Betroffenen erreichen will⁷⁴⁾, kann sie das nach der klaren Aussage des Art. 5 GG - der einen wesentlichen Teil dieser Entfaltungsbedürfnisse anspricht - nur durch Förderung, nicht durch Eingriff tun.

Im besonders wichtigen "Mittelbereich", der mit den Begriffen "Austausch" und "gegenseitige Abhängigkeit" umrissen wurde, fehlt jedoch ebenso eine adäquate Systematisierung des Verwaltungshandelns wie im Bereich der Entfaltungsbedürfnisse. Hierfür sind dogmatische und historische Gründe ausschlaggebend: Wissenschaft und Verwaltungsrechtsprechung sind zunächst von den Eigenarten der sog. Eingriffsverwaltung ausgegangen und haben dieser dann einen Bereich der "Leistungsverwaltung" aufgepropft, der in seiner Ausdehnung stark von der jeweiligen Interpretation abhängig ist. Trotz des wachsenden Unbehagens an dieser Einteilung hat sich noch keine herrschende Meinung herausgebildet, die sie als untauglich verwirft. Der Verfasser kann jedoch als Ergebnis der bisherigen Untersuchung keinen einzigen Ansatzpunkt dafür finden, daß sich die öffentliche Verwaltung in eine "eingreifende" und eine "leistende" aufspalten ließe. Diese Kategorisierung scheint vielmehr allein dazu geeignet, die Suche nach der jeweils richtigen Form des Verwaltungshandelns zu erschweren und damit die Legitimation der Verwaltung in Frage zu stellen. Eine doch wohl weitgehend von Zufälligkeiten bestimmte apriorische Einteilung der Verwaltung in eine "leistende" und in eine "eingreifende" vermag nur die - für die Legitimation der Verwaltung entscheidende - Frage zu verdecken, wann die Verwaltung bei der Erfüllung einer Aufgabe eingreifen darf, ohne ihren Auftrag der Sozialpflichtigkeit zu verletzen.

Die Begriffe "Eingriffsverwaltung" und "Leistungsverwaltung" haben nicht nur keine Stütze in der Verfassungsordnung; sie sind darüber hinaus einer Legitimation der Verwaltung im Verfassungsgefüge abträglich und stiften Verwirrung hinsichtlich der notwendigen Unterscheidung zwischen Verwaltungsaufgabe und ihrer in der Handlungsform sozialpflichtigen Erfüllung.⁷⁵⁾

74) Vgl. MORSTEIN MARX, Das Dilemma des Verwaltungsmannes, (1965), S. 177

75) Das Problem ist äußerst umstritten. Tatsächlich ist die Einteilung historisch bedingt; der Hilfsbegriff der "Leistungsverwaltung" sollte den aufkommenden Formen staatlicher "Daseinsvorsorge" (FORSTHOFF, N 56) juristisch gerecht werden. Die "klassische" Verwaltung des liberal-bürgerlichen Rechtsstaats mußte nach ihrem ganz eindeutig vorherrschenden Verfahren (vgl. JUNG, Zweispurigkeit, 87 m.N., allerdings unter Vernachlässigung HEGELS) zwangsläufig als "Eingriffsverwaltung" eingestuft werden.

Im Verhältnis zum Auftraggebenden - Staatsvolk oder politische Spitze - ist die Aufgabenerfüllung der Verwaltung also stets Leistungserbringung; dies gilt natürlich⁷⁶⁾ auch dann, wenn der Einzelne "belastet" wird, da die im Rechtsstaat zulässige Verwaltung immer ein legitimiertes Bedürfnis erfüllen, also leisten, soll⁷⁷⁾.

Ob das angewendete Verfahren, der "Führungsstil" (also z.B. der Eingriff) dem Gebot der Sozialpflichtigkeit entspricht oder eher als pathologisch einzustufen ist⁷⁸⁾, wäre gemäß den angedeuteten Grundsätzen nach der Qualität des an die Verwaltung gerichteten Führungsimpulses zu beurteilen⁷⁹⁾.

Fortsetzung der FN 75)

Von dieser Form des Verwaltungshandelns ist die juristische Wissenschaft mit Ausnahme von E. KAUFMANN in der Folgezeit ausgegangen (N.:bei M-D-H, Art. 19 IV, Rd. 19 und Art.20, Rd. 129; BECKER, Verwaltung u. Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14 (1956), S. 99 f.; FORSTHOFF op.cit. bei N 56; LEISNER, Mitbestimmung, S. 65; DERS.: Werbefernsehen und Öffentliches Recht (1967), S. 28f., alle m.w.N.). KAUFMANN hatte hingegen schon frühzeitig den Leistungscharakter der Verwaltung betont (Wörterbuch des Deutschen Staats- u. Verwaltungsrechts Bd. 3, S. 688 ff (1914)). Zur zunehmenden Kritik an dieser Einteilung vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht III (2.Aufl.), § 137 II b; BADURA, DÖV 1966, 624, 629; RUFNER, Formen öff. Verwaltung im Bereich der Wirtschaft (1967), S. 132 f.; LEISNER, Mitbestimmung, S. 66, BECKER aaO; THIEME ZBR 65,33.

Zutreffend MORSTEIN MARX, Verwaltung, S. 83 : "Alles Verwalten zielt auf Leistungen, auf Produkte, die auch Dienste sein können. Verfahren ist das Erzeugungsmittel". Für das benachbarte Ausland GRISEL, Droit administratif Suisse, (1970) S.62 : " La fonction administrative tend à satisfaire des besoins, à rendre des services ou à procurer des prestations". Ähnl. wie hier BECKER aaO und DERS. in MORSTEIN MARX, Verwaltung S. 187 ff; LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, S.33.

- 76) Häufig wird von der "umverteilenden" Funktion des Staates gesprochen; als Heraushebung gegenüber anderen "Funktionen" (tatsächlich: Handlungsformen) ist auch dieser Begriff unglücklich, da faktisch jede Leistung der öffentlichen Verwaltung erst durch die Belastung anderer (und sei es des "Steuerzahlers") ermöglicht wird. Die Aufgabe der öffentlichen Verwaltung kann niemals aus dem konkreten ("privaten") Eingriff gegenüber dem Einzelnen erklärt werden, wie es die hM tut. Konsequenterweise müßte die hM bei der Polizeiverwaltung je nach "konkreter Aktion" zu einer Aufspaltung in "Leistungs-" und "Eingriffsverwaltung" gelangen (so in der Tat JUNG, Zweispurigkeit, S.74 m.N.). Wenn sogar beim prototypischen Eingriffsbereich die Kategorisierung erst "in diesem Wechselspiel die Verwaltungswirklichkeit zeigen" (JUNG, aaO) kann, sollte man sie besser fallenlassen (so mit Recht HERZOG, Disk. 48. DJT, 3. 0 96).

Da die Formen des Verwaltungshandelns - und "Eingriff" ist hiervon nur eine Form - sich nicht a priori als sozialpflichtig ausweisen können⁸⁰⁾ und auch nicht konstant bleiben⁸¹⁾, bleibt der inneradministrative Bereich - wenn er auch als "Hilfsfunktion" oder "Komplementärfunktion" begrifflich erfaßt werden kann⁸²⁾ - doch von entscheidender Bedeutung. In seiner Anpassungs- und Erneuerungsfunktion⁸³⁾ nimmt er Anteil an der demokratischen Legitimation der Verwaltung, wenn er dieser seiner Aufgabe gerecht wird.

Anmerkungen S. 29

- 77) Bei der Beurteilung dessen, was Aufgabe der Verwaltung ist, kann schon auf Grund der allgemeinen Begriffsklärung (S.15-24) nur vom "Auftraggeber" ausgegangen werden; hierbei kommen aus verfassungsrechtlichen Gründen nur das Staatsvolk (oder die "Allgemeinheit") und die politische Spitze in Betracht. Hier wird immer geleistet, wenn Verwaltung die legitimierten Bedürfnisse erfüllt (richtig z.B. für den gesetzlichen Kontrahierungszwang der Energiebetriebe WOLFF aaO -FN 75 - § 137 III). Wenn JUNG, aaO S. 74 FN 45, (ablehnend) hierzu anmerkt, daß damit "die ganze Unterscheidung zwischen Leistungs- und Eingriffsverwaltung ihren Sinn (verliert)", so ist dem - aus anderer Perspektive - nur zuzustimmen. Eine "Eingriffsverwaltung" - als besondere Kategorie der Verwaltung - ist nur bei ständig schwankendem Personalbestand und langen Pausen der Untätigkeit innerhalb der Arbeitszeit, oder als "rechtswidrige Verwaltung" (Eingriff auch ohne Legitimation) vorstellbar. Die herkömmliche Einteilung wird weder der Verfassung noch der Verwaltungswirklichkeit gerecht.
- 78) "Verwaltungspathologie" wird nach dem "Hamburger Modell" (JuS 70,485) an Bedeutung gewinnen; vgl. auch MORSTEIN MARX, Dilemma, S. 158; Art. 34 GG umfaßt nur das nicht gerichtsfeste Verwaltungshandeln (vgl.o.S.25).
- 79) Daß hierbei über den Rechtsstaat hinausgegangen werden muß, zeigt auch die Verbindlichkeit des Regierungsprogrammes, vgl. MORSTEIN MARX, Verwaltung, S.119.

Anmerkungen S. 30

- 80) Wie es nach der herkömmlichen Einteilung: Eingriff+Gesetz = gerecht, geschieht; dies führt zu einer auf die Dauer untragbaren Vernachlässigung der Entwicklung adäquater Legalitätsformen (vgl. LEISNER, Grundlagen, 51) im Bereich der sog. "Leistungsverwaltung", die-nach hM sogar "naturgemäß" (so M-D-H, Art. 20, Rd. 129)-weniger "rechtsgebunden" sei.
- 81) Auch komplexe Ausgangsbedürfnisse können mit der Zeit "routinisiert" werden; dagegen erfordern gerade elementare körperliche Bedürfnisse bes. im Planungsstadium kooperative Führung (Trinkwasser, Umweltschutz u.ä.)
- 82) vgl. zu den Begriffen LUHMANN, Funktionen u. Folgen formaler Organisationen, 108 ff; LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, 12 u. passim; MORSTEIN MARX, Dilemma, 185; BECKERaaO.
- 83) LORENZ aaO, 30 ff; THIEME, Gutachten 48.DJT, D 21 ff.

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchung kann nun zusammengefasst werden, -allerdings nicht ohne zuvor zwei Punkte allgemeinerer Bedeutung angesprochen zu haben, die bisher nicht erwähnt werden konnten:

Die Aufgabe der Verwaltung kann nicht im luftleeren Raum der Staatsorganisation gesehen werden; eine Untersuchung über die Verwaltung muß auch berücksichtigen, daß auch die Verwaltenden Bedürfnisse haben, deren Artikulation und Durchsetzungschance ihnen im Grundgesetz garantiert ist.

Die zweite Bemerkung betrifft eher die Literatur: hier ist teilweise in jüngster Zeit eine Tendenz erkennbar, die den belegten Aufgabenwandel der Verwaltung verharmlost (84); der Verfasser kann hiermit nicht einverstanden sein, weil er ihn nicht als bloße soziale Realität, sondern als Ausdruck von Verfassungsstrukturen begreift (vgl.o.S.23f.).

Zusammenfassung:

1. Die öffentliche Verwaltung hat ihre Führungsimpulse aus dem politischen Bereich zu beziehen; sie darf nur handeln, wenn demokratisch legitimierte Programme an sie herangetragen werden.
2. Die Primäraufgabe der öffentlichen Verwaltung besteht darin, entsprechend den legitimierten Interessen Leistungen zu erbringen. Die Unterscheidung zwischen Eingriffsverwaltung und Leistungsverwaltung ist deshalb abzulehnen. In der Verwaltungsrealität rückt die Aufgabenerfüllung immer mehr in den Bereich des Sozialstaats; dies ist gleichzeitig Folge des insoweit instrumental wirkenden verfassungsrechtlichen Führungskreislaufes (85).
3. Ihre Existenzberechtigung und Legitimation kann die (gesamte) öffentliche Verwaltung durch möglichst reibungslose Umsetzung von (1) in (2) erreichen, d.h. durch sozialpflichtiges Verwaltungshandeln und die darauf abgestimmten Hilfsfunktionen. Diese Gestaltungsfunktion weist über den Rechtsstaat hinaus (86).

84) So m.E. teilweise ISENSEE, Beamtenstreik (S. 89: "übliche Phasenverschiebung"), und wohl auch LEISNER, Grundlagen, S. 47 ff, der m.E. zu sehr auf den "wesentlichen Bezug" auf die Ziele herkömmlicher Eingriffsverwaltung (eb. da S. 48) abstellt. Den tiefgreifenden Wandel belegt JUNG, Zweispurigkeit. Ihn übersieht LEISNER (aa0,51).

85) Die verfassungsrechtliche Garantie eines funktionsfähigen Führungskreislaufes hat in diese Richtung geführt; für die künftige Entwicklung wäre das an sich kein Präjudiz; dem Sozialstaatsgedanken ist es jedoch eigen, sich weiter zu entwickeln (vgl.u. IV. Kapitel, II).

86) Sozialpflichtigkeit der Verwaltung verlangt Wandlung und Änderung auch im "Vollzug", vgl.o. S.30 sowie HÜTTL in MORSTEIN MARX, Verwaltung, 282, DEMBOUR, Droit administratif (La Haye 1970), 78. LEISNERs These, daß sich "überall wieder dieselben beamtlichen Organisations- und Handlungsformen finden (müssen), welche einheitlichen Vollzug gewährleisten"(Grundlagen,S.37 f.), ist aus diesem Grunde abzulehnen.

III. KAPITEL

DIE BESONDERE STELLUNG DES BERUFSBEAMTENTUMS INNERHALB DER VERWALTUNG - TRADITIONELLE ABGRENZUNGSKRITERIEN

I. GRUNDSÄTZLICHE ERWÄGUNGEN

"Es ist eine inzwischen anerkannte Tatsache, daß nach natürlicher Betrachtung die Tätigkeit des Beamten und die eines Arbeitnehmers auf Grund privat-rechtlichen Anstellungsvertrages keine grundsätzlichen Unterschiede aufweisen." (1)

Den bereits angestellten Vergleichen über die Tätigkeit und die Stellung der Beamten und der Arbeitnehmer in der öffentlichen Verwaltung soll hier kein neuer Vergleich hinzugefügt werden, zumal mit der Arbeit von BENZ (2) eine ausgezeichnete Analyse vorliegt. Die Arbeit will vielmehr versuchen, einen eher institutionellen und strukturellen Ansatz zu entwickeln. Dies liegt angesichts der durch das obige Zitat von SCHICK angesprochenen Unfruchtbarkeit eines auf die konkrete Tätigkeit des einzelnen Verwaltenden bezogenen Vergleiches sowie der herrschenden Interpretation des Art. 33 Abs. 5 GG auch nahe:

Nach ganz überwiegender Ansicht will Art. 33 Abs. 5 GG anders als Art. 129, I, 3 WRV nicht die "wohlerworbenen Rechte" des Beamten schützen³⁾; vielmehr liegt das Schwergewicht der Bestimmung auf der Einrichtung des Berufsbeamtentums. Geschützt werden soll - wie es BVerfG und BVerwG formuliert haben, ein "Kernbestand von Strukturprinzipien der Institution des Berufsbeamtentums"⁴⁾. Diese Institution soll im Interesse der Allgemeinheit erhalten bleiben⁵⁾.

1) SCHICK, Wichtige Entscheidungen zum Beamtenrecht, ZBR 69, 65, 69.

2) BENZ, Beamtenverhältnis und Arbeitsverhältnis (Arbeits- und sozialrechtliche Studien Heft 11), Stuttgart 1969.

3) BVerfGE 3, 58, 137; 8, 1, 12; st. Rspr. vgl. auch N 4), N 5) THIEME, Der öffentliche Dienst (1961) S. 51 m.w.N.; M-D-H, Art. 33 Rd. 2, 63, 70 einschränkend ("nicht pauschal"). A.A. isbs. BGHZ 16, 192; Die Streitfrage ist kaum von inhaltlicher Bedeutung, da unstreitig die Einrichtungsgarantie im Mittelpunkt steht (vgl. N 4); andererseits dürfte kaum bestreitbar sein, daß sich Einrichtungsgarantie und subjektive Rechte nicht ausschließen (vgl. nur LERCHE, Übermaß u. Verfassungsrecht, 236 ff., 238; w.N. bei JUNG, Zweispurigkeit, 93).

4) BVerfGE 8, 332, 343; 9, 268, 286; 11, 203, 215; 15, 195; BVerwG U.v. 24.8.62 RiA 63, 123 im Anschluß an BVerfG st. Rspr. ganz hl.; vgl. THIEME aaO, 44; M-D-H Art. 33 Rd. 53; HAMANNLENZ Art. 33 B 6; LEISNER, Grundlagen, 9f.; ISENSEE, Beamtenstreik, 53 f.; JUNG, Zweispurigkeit, 92 ff. m.w.N.

Dies bedeutet, daß das Eigeninteresse der Beamtenschaft an der Aufrechterhaltung des herkömmlichen Berufsbeamtentums nicht in die Analyse mit einzugehen braucht. Dies bedeutet wiederum nicht, daß den Beamten die Durchsetzung ihrer legitimierten Interessen verwehrt wäre (vgl.o. 31): vielmehr ist nur das Eigeninteresse der Beamtenschaft als solches kein brauchbares Abgrenzungskriterium.

Grundsätzliche Schwierigkeiten ergeben sich bereits bei dem Versuch, eine Definition oder Umschreibung der "Einrichtung" oder des "Kernbestands von Strukturprinzipien" methodisch in die Wege zu leiten.

Der Streit um "Begriff und Wesen der institutionellen Garantie"⁶⁾ braucht hier nicht vertieft zu werden, da sich innerhalb der herrschenden Meinung mühelos zwei Tendenzen verfolgen lassen, die den Streit am konkreten Beispiel (Art. 33 Abs. 5 GG) exemplifizieren.

Mit unterschiedlicher Zielrichtung wird von zahlreichen Autoren immer wieder betont, daß in Art. 33 Abs. 5 nicht die Grundsätze des "Beamtenrechts", sondern die des "Beamtentums" angesprochen seien. In der Regel soll hiermit auf die relative Nachgiebigkeit der Bestimmung hingewiesen werden⁷⁾; insgesamt könnte die Tendenz als soziologische bezeichnet werden.

GREWE formulierte auf dem 39. DJT in Stuttgart (1951):

"Art. 33 Abs. 5 GG enthält eine institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums in Bund und Ländern. Sein Zweck ist es nicht, sämtliche hergebrachte Einzelgrundsätze des Beamtenrechts zu konservieren, sondern vielmehr eine rechtlich, geistig und soziologisch fundierte Institution unseres öffentlichen Lebens in ihrer Ganzheit zum gesetzgeberischen Leitbild zu erheben"⁽⁸⁾.

Die Betonung des soziologischen Elements wird verschärft durch THIEME, wenn er (1961) schreibt, Art. 33 Abs. 5 garantiere

"also tatsächliche Verhältnisse, das soziale und politische Funktionieren der Institution des Beamtentums". Es sei dem einfachen Gesetzgeber freigestellt, "welche rechtliche Gestaltung er wählt, wenn nur der tatsächliche Erfolg, die Erhaltung des Berufsbeamtentums als soziologische Größe, erzielt wird" ⁽⁹⁾.

5) BVerfGE 8,332 (343); 11,215; vgl. E 3,58,137; 8,1,12

6) Hierzu ausführlich JUNG, Zweispurigkeit, S. 92 ff.

7) Vgl. bereits GREWE, Inwieweit läßt Art. 33 Abs 5 des GG eine Reform des Beamtenrechts zu ? 39. DJT, S. D 3,9 ff (Tübingen 1952); THIEME aaO (N 3), 42 ff.; SCHÄFER, Referat 48. DJT, S.O 10f.; ISENSEE, Beamtenstreik, 53 f.; w.N. bei M-D-H Art. 33, Rd. 53 ff.

8) GREWE aaO, S. D 29 (These 1a) 9) THIEME aaO S. 44

Das Problem wird deutlich: wie kann eine Verfassung "tatsächliche Verhältnisse" garantieren? Im striktesten Sinne gar nicht, wenn man von einer Differenz zwischen Normen und Fakten ausgeht¹⁰⁾. Die Verfassung kann darüber hinaus aber auch keine bestimmte soziologische Struktur des Beamtentums (als "Stand") garantieren¹¹⁾, ebensowenig ein "Funktionieren" der Institution im Sinne soziologischer Abläufe.

Dies wird besonders deutlich, wenn man das Beamtentum als "Stand" zu beschreiben sucht.

Das Berufsbeamtentum ist keine einheitliche soziologische Schicht (Klasse)¹²⁾; es gehört verschiedenen Klassen an.

Besonders scharf ist die Grenzziehung zwischen Oberbeamtentum und den Angehörigen unterer Beamtenränge, die z.T. (Verkehrswesen, militärischer Bereich) "Arbeiter mit Streikverbot" sein sollten. Vom sozialen Status her sind Regierungsrat und Angestellter BAT IIa durchaus vergleichbar, nicht aber - um kein allzu extremes Beispiel zu wählen - Regierungsrat und Postbeamter (Bes.O. A 5). Ein so heterogenes Gebilde wie das "Beamtentum" kann in seiner "Ganzheit" (13) nicht zum gesetzgeberischen Leitbild erhoben werden. Verschärft werden die Schichtengegensätze noch durch den hierarchischen Aufbau der Behörden und die - je nach Laufbahn - verschiedenen Vorbildungserfordernisse (14). Es kann deshalb nicht verwundern, daß von einem nach Sinneshaltung einheitlichen Berufsbeamtentum nicht die Rede sein kann, ein Prozeß, der schon vor dem ersten Weltkrieg eingesetzt hat (15).

Verschiedene Elemente eines "Standesbewußtseins" der Oberbeamten haben jedoch - wie noch zu zeigen sein wird - auch die rechtliche Ausprägung des Beamtentums entscheidend mitgeprägt.

-
- 10) Allgemein dazu z.B. LUHMANN, Sinn als Grundbegriff der Soziologie, isbs. 90 ff., in HABERMAS-LUHMANN, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie (1971).
 - 11) So mit Recht WIESE, Zur Neuordnung des öffentlichen Dienstes, DVBl. 70, 544 f; Die Kategorie der "Sachverhaltsgarantie" (N. bei ISENSEE, Beamtenstreik, 54 FN 5) kann allenfalls als "juristische Zweckschöpfung" (SASSE, AöR 85, 446) akzeptiert werden, -wobei der Zweck jedoch m.E. dunkel bleibt.
 - 12) Zum Begriff z.B. DAHRENDORF, Die angewandte Aufklärung (1968), S. 40 ff.
 - 13) Vgl.o.N 7 GREWE S. D 29
 - 14) Eingehend dazu MORSTEIN MARX, Dilemma (1965), S. 144 ff.
 - 15) HINTZE, Der Beamtenstand (1911), 65 ff; MORSTEIN MARX Dilemma, S. 146

Die Unmöglichkeit einer soziologisch durchgängigen Analyse "des" Berufsbeamtentums als Stand¹⁶⁾ wird immer dann zu berücksichtigen sein, wenn zur Fundierung hergebrachter Grundsätze auf ein vorgeblich einheitliches "Standesbewußtsein" zurückgegriffen wird.

Andererseits läßt sich Art. 33 Abs. 5 nicht in der Weise reduzieren, daß man ihm verfassungsrechtliche Bedeutung deshalb abspricht, weil eine Rechtsnorm die soziologischen Voraussetzungen eines Standes nicht garantieren könne¹⁷⁾.

Die zweite, normative Tendenz, wird von den Autoren vertreten, die entgegen dem Wortlaut von der Garantie der Grundsätze des Beamtenrechts ausgehen.¹⁸⁾

Tatsächlich läßt sich nicht bestreiten, daß Art. 33 Abs. 5 GG ein Normenbündel, ein "Normenkomplex" sein muß¹⁹⁾ - die Bestimmung hätte sonst in einer Verfassung nichts zu suchen.

Jedoch wird bei einer zu einseitigen Betonung des normativen Charakters der Vorschrift das für Art. 33 Abs. 5 spezifische Problem der Leitbilderhebung einer zumindest auch außernormativ fundierten Institution nicht genügend erfaßt (20).

-
- 16) Die Wichtigkeit einer Beamtensoziologie steht außer Frage; ihr Fehlen ist ein Grund dafür, daß die Kritik am Berufsbeamtentum traditioneller Prägung "die Dogmatik des deutschen Staats- und Beamtenrechts weithin unvorbereitet" trifft (so mit Recht LEISNER, Grundlagen S. 7). Eine soziologische Analyse der Ministerialbürokratie hat FRIEDRICH geliefert (Staatliche Verwaltung und Wissenschaft, Frankfurt 1970, und DERS. in Loeccumer Protokolle 3/69, 22ff.). Ihre Ergebnisse belegen auch in dieser homogenen Schicht eine Uneinheitlichkeit des Selbstverständnisses.
- 17) In dieser Richtung argumentiert offenbar WIESE aaO (N 11) unter Berufung auf ZWIRNER, Politische Treupflicht des Beamten, Diss. Göttingen 1959.
- 18) So MAUNZ-DÜRIG-HERZOG Art. 33 Rd. 54 m.N.
- 19) Vgl. bereits oben S. 11 f.; ganz hM, vgl. ISENSEE, 53 f., JUNG, Zweispurigkeit, 93 f. m.N.
- 20) Die Formulierung von GREWE (oben S. 33) spricht dieses Problem an, ohne freilich den Konflikt aufzudecken.

Die vermittelnden Ansichten von JUNG und ISENSEE können den Verfasser aus verschiedenen Gründen nicht überzeugen:

Die von JUNG unter Berufung auf SASSE verwendete Erklärung der Institution als "höhere empirische Realität" (21) vermag der Verfasser bereits in der Begrifflichkeit nicht nachzuvollziehen.

Der ISENSEEsche Ordnungsbegriff ("Abstraktion aus dem Normkomplex des Beamtenrechts, wie es sich in der deutschen Rechts-tradition („hergebracht“) ausgebildet hat, ist m.E. zu wenig anschaulich. ISENSEE kommt denn auch nicht ohne "Wesensgehaltsgarantie" und - vor allem - nicht ohne den beschreibenden Begriff eines "traditionellen Typus des deutschen Beamten" aus (22).

Hierbei überzeugt weder die im Ergebnis schon vorweggenommene Beschränkung auf den "Wesenskern" - vgl. bereits oben S. 12 -, noch das Abstellen auf "den Berufsbeamten als Typus". Abgesehen von der tatsächlichen Uneinheitlichkeit der Berufsbeamten als Schicht führt dieser Ausgangspunkt allzusehnell in die Statusproblematik, d.h. insbesondere zu den traditionellen Rechten und Pflichten der Beamten. Wer jedoch den Unterschied zur WRV verdeutlichen will, wird auf solche Abgrenzungskriterien besonderes Gewicht legen, die die "im Interesse der Allgemeinheit" (vgl.o.S.32) postulierte Sonderstellung der Institution innerhalb der Verwaltung funktional belegen könnten. Es bedarf jedoch keines Beleges, daß auch der Bezug zwischen persönlicher Rechtsstellung (Status) und Funktion zu berücksichtigen bleibt.

Es ist deshalb m.E. überflüssig, eine Vermittlung zwischen "soziologischer" und "normativer" Komponente der Bestimmung anzustreben. Eine "Abstraktion" hat gerade im Rahmen einer sich geschichtlich begreifenden Norm - vgl. S. 12 f. - wenig Platz. Die Norm ist vielmehr die Konkretisierung einer geschichtlichen Entwicklung und hat dadurch eine Richtung (Direktive) angenommen, die es zu finden und an anderen verfassungsrechtlichen Direktiven zu messen gilt.

- 21) JUNG, Zweispurigkeit, S. 94; diese Deutung dient JUNG vor allem dazu, Art. 33 Abs.5 nicht "statisch" zu begreifen (ebda) und dadurch zu einer "Weite und Offenheit" dieses Artikels zu kommen (S. 189). Die geschichtliche Komponente der "Tradition" wird dadurch nicht erfaßt.
- 22) ISENSEE, Beamtenstreik, S. 53 f.; ISENSEE will zwar keine "Sachverhaltsgarantie" annehmen (aaO, S. 54 FN 5), kommt dem jedoch durch die Annahme einer Garantie der "strukturierten Gestalt" des Beamtentums (S.53) sehr nahe; das sich dadurch ergebende Problem einer "Status-quo-Zementierung" (ebda. S. 92) umgeht Isensee, indem er im Gegensatz zur hM (vgl.S.37) Art. 33 IV nicht zu den "Grundsätzen" zählt (aaO S.92 FN 4) und deshalb auf eine Erörterung verzichtet (S. 92).

II. FUNKTIONSVORBEHALT

Das Grundgesetz hat sich in Art. 33 Abs. 4 dafür ausgesprochen, die Ausübung "hoheitsrechtlicher Befugnisse", wenn dies "ständige Aufgabe" ist, in der Regel Berufsbeamten zu übertragen²³⁾. Die Absätze 4 und 5 des Art. 33 GG gehören sachlich zusammen²⁴⁾; ganz überwiegend wird der Abs.4 selbst als "hergebrachter Grundsatz" aufgefaßt.²⁵⁾

Der Funktionsvorbehalt spielt als traditionelles Abgrenzungskriterium eine große Rolle, wie auch die Fülle der hierzu erschienenen Untersuchungen beweist²⁶⁾.

Eine Beschäftigung mit Art. 33 Abs. 4 GG erscheint vom dargelegten Ansatz her besonders lohnend, da hier - im Gegensatz zu anderen Grundsätzen - das funktionale Element bereits im Wortlaut der Bestimmung und in seiner wissenschaftlichen Bezeichnung deutlich wird.

Es ist zunächst dem nachzugehen, was traditionellerweise mit dem Begriff "hoheitsrechtlich" verknüpft ist. Nach erfolgter Klarstellung des traditionellen Begriffs wird sodann untersucht werden, ob dieser zur Kennzeichnung der besonderen Stellung des Berufsbeamtentums innerhalb der Verwaltung (vgl. oben S. 1 ff.) tauglich bleibt, oder ob Modifikationen vorzunehmen wären.

- 23) Im Gegensatz zum Abs.5 war nie umstritten, daß Art. 33 Abs. 4 GG nur die Beamten und nicht die Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst meint; vgl. bereits BVerfGE 3,162,185 f.; BAG JZ 56,169. Nachweise bei M-D-H Art. 33 Rd. 39 und bei JUNG, Zweispurigkeit, S. 96.; vgl. auch LEISNER, Mitbestimmung S. 62, ISENSEE, Beamtenstreik, S. 84.
- 24) Vgl. Entstehungsgeschichte JöR 1 n.F. 314 ff., WACKE in Neues Beamtentum, 152 ff., THIEME, Aufgabenbereich, 22; JUNG, Zweispurigkeit, 95 f.
- 25) JÜSGEN, Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums als Grundlage der Beamtengesetzgebung, DÖV, 51, 474,477; GAUF ZBR 61,97,100 m.w.N.; ULE, Beamtenrecht (1970), § 2 BRRG m.w.N.; v. MANGOLDT-KLEIN Art. 33 VII 3 d; JUNG, Zweispurigkeit S. 97 m.w.N.
aa isbs. ISENSEE, Beamtenstreik, S. 92 FN 4, der aber auf die hM nicht eingeht, sondern den Vorrang der rationalen Argumentation "vor der traditionellen wahren" will.
- 26) JUNG op.cit., ISENSEE op.cit., KIRCHHOFF, Der Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse in Art. 33 Abs. 4 des Grundgesetzes, Diss. München 1968, alle mit w.N.

Die theoretische Fundierung des "Hoheitlichen" durch HEGEL steht unter dem Vorzeichen der Trennung von Staat und Gesellschaft: Staatsfunktionen waren nicht aus gesellschaftlichen Forderungen ableitbar, ein "Führungskreislauf" existierte nicht. Die Staatsbeamten sind "Abgeordnete der Regierungsgewalt"²⁷⁾; hoheitliche Befugnisse sind Ausfluß der Souveränität des Staates, letztlich des "Fürsten"²⁸⁾. Die Angelegenheiten der "Bürgerlichen Gesellschaft" - HEGEL spricht hier einprägsam vom "System der Bedürfnisse"²⁹⁾ - sind von denen des Staates geschieden; zu jenen zählen z.B. Arbeit, Erwerb von Vermögen, Bildung. Die "mühselige oder thörichte Besorgung solcher geringfügiger Angelegenheit"³⁰⁾ ist der Bürgerlichen Gesellschaft, seinen Korporationen und der "polizeilichen Vorsorge"³¹⁾ überlassen, wobei letztere vor allem gehalten ist, äußere Ordnung zu verwirklichen.

Die Gedanken HEGELS werden hier nicht wiedergegeben, um die fragwürdige These vom "Beamten als Fürstendiener" (32) zu stützen. Entscheidend ist vielmehr zweierlei: die klare Trennung dieser "Angelegenheiten" (Funktionen) bestimmte die Behördenwirklichkeit bis ins 20. Jahrhundert hinein (33). Das staatstheoretische Modell HEGELS ist darüber hinaus (2.) bis heute wirksam, wie nachzuweisen sein wird.

Der bereits kurz umrissene "Aufgabenwandel" der Verwaltung wird vor dem I. Weltkrieg insbesondere durch die Entwicklung von Verkehrswesen und Wirtschaft, aber auch durch die Verschärfung der "sozialen Frage" im Wege "gesellschaftlicher" Einbrüche vorangetrieben³⁴⁾, der Verfassungswandel folgt wenig später mit der Einführung der parlamentarischen Demokratie. In der Weimarer Zeit kann jedoch das Oberbeamtentum diese entscheidende Zäsur weder theoretisch noch praktisch verarbeiten :

27) HEGEL, Rechtsphilosophie § 289, zit. Studienausgabe Frankfurt/M (1968), Hrsg. LÖWITH-RIEDEL

28) HEGEL aaO § 292

29) HEGEL aaO § 188

30) HEGEL aaO § 289

31) HEGEL aaO § 249

32) Kritisch hierzu LEISNER, Grundlagen des Berufsbeamtentums (1971), S.30 ff; zu weitgehend jedenfalls seine These, daß das preußisch-deutsche Beamtentum "den nahezu bruchlosen Übergang in die Republik ermöglicht" (32) habe, und seine Gesamtentwicklung ein "antimonarchischer" Vorgang, freilich mit Einschränkungen, gewesen sei (31f.). Vgl. hierzu JUNG, Zweispurigkeit, S. 33 ff. m.N.

die Bürokratie bleibt "unmittelbares Staatsorgan"³⁵⁾ und dient "nicht einer toten Verfassung"³⁶⁾. Die Komplikationen, die dadurch auftreten, daß Bedürfnisse der "Gesellschaft" über die erstarkten politischen Parteien an die Beamtenschaft herangetragen werden, führen den Beamtenbefehl "notwendig (in) eine gewisse Resignation"³⁷⁾. Die allgemeine Tendenz geht deshalb dahin, die eigentliche Aufgabe des Berufsbeamtentums in der Wahrnehmung "obrigkeitlicher" Funktionen zu sehen und die Beamten auf all jenen Gebieten für ersetzbar zu halten, wo die staatlichen Aufgaben Wohlfahrts- oder fiskalischen Charakter hätten³⁸⁾.

Die Geschichte des Funktionsvorbehalts hängt eng mit der bald sichtbar werdenden "Ohnmacht des parlamentarischen Systems und (der) zwangsläufig damit zusammenhängenden wachsenden Macht der Bürokratie (und) deren Abneigung gegen das Weimarer System"(39) zusammen: die vorgebliche "Beschränkung" auf das Obrigkeitliche und die Anlehnung auf das "unmittelbar Staatliche" bilden eine Einheit (40).

Nach 1949 setzt sich diese Tendenz zunächst fort, - begünstigt durch eine erstaunliche "Kontinuität" der Schriftsteller⁴¹⁾ und die Entstehungsgeschichte des Art. 33 Abs. 4⁴²⁾.

33) vgl. HINTZE, Der Beamtenstand (1911); MORSTEIN MARX, Einführung in die Bürokratie, S. 72 ff.; FORSTHOFF, DÖV 51, 460

34) Vgl. nur KIMMINICH, Deutsche Verfassungsgeschichte (1970), S. 440-455

35) KÖTTGEN, Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, Berlin/Leipzig 1928, S. 267 ff.

36) KÖTTGEN aaO S. 118

37) KÖTTGEN ebda. S. 240

38) KÖTTGEN ebda. S. 260 ff, 263, 148 ff.; KÖTTGEN repräsentiert die damals hM. Vgl. auch GIESE, Das Berufsbeamtentum im deutschen Volksstaat, Berlin 1929.

39) KIMMINICH, op. cit. S. 496

40) Die Darlegung dieses Zusammenhanges erfolgt unten (IV).

41) Ein Beispiel: KÖTTGEN, Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie (1928); DERS.: Die Stellung des Beamtentums im NS-Führerstaat, JöR 25, 1 ff.; DERS.: Grundgesetz und Beamtenrecht, Recht-Staat-Wirtschaft IV (1953), 227 ff. Weitere Bsp. bei MENZEL DÖV 70, 433

42) JöR N.F. 1,323; BENZ, Beamtenverhältnis (N 2) 152 f. m.N. Grundlegend auch SÖRGEL, Konsensus und Interessen (1969)

Unberührt von der geänderten Verfassungslage fordert Werner WEBER z.B. im Jahre 1958, daß das Berufsbeamtentum "Ansätze zur Bildung von Obrigkeit schafft"⁴³⁾; "intaktes obrigkeitliches Walten"⁴⁴⁾ sei die Aufgabe des Beamtentums. Zu fordern sei deshalb "die Zügelung des Wohlfahrtsstaates (und) stärkere Begrenzung auf hoheitliches Walten"⁴⁵⁾; dies mit der bezeichnenden Begründung⁴⁶⁾, daß sonst "irgendwelche Elitenvorstellungen überhaupt nicht mehr zur Darstellung zu bringen" seien^{46a)}.

Der immer deutlicher werdende "Aufgabenwandel" - und analog zur Weimarer Diskussion erneut weniger der dahinterstehende grundsätzliche Verfassungswandel⁴⁷⁾ führen isbs. im Laufe der 60er Jahre zu einer "Versachlichung" der Diskussion und damit notwendig zu einer "Aufweichung" des Funktionsvorbehalts. Das Bundesverfassungsgericht konstatiert 1959 eine "Verflechtung von hoheitlicher und nicht-hoheitlicher Verwaltung"; "die Tätigkeit des mit Hoheitsfunktionen betrauten Angestellten (sei) allerdings der des Beamten gleichzuachten". Nur, wenn "die ständige Ausübung hoheitlicher Befugnisse in größerem Umfang auf Nichtbeamte übertragen würde", wäre Art. 33 Abs. 4 GG verletzt⁴⁸⁾. Die Positionen verändern sich ferner in dem Maße, wie die Rechtslehre die "Daseinsvorsorge" unter die Kategorie des ("Schlicht")-Hoheitlichen zu ziehen versucht⁴⁹⁾. In der jüngsten Diskussion werden daher die unterschiedlichsten Ansichten zum Funktionsvorbehalt vertreten.

43) in: WEBER-NEEBE-BARING, Der deutsche Beamte heute, Baden-Baden 1959 (Bericht der Godesberger Tagung vom 17.5.58), S. 20; die Position W. WEBERS ist bis heute unverändert, vgl. DERS. "Das Kräftesystem in der wohlfahrtsstaatlichen Massendemokratie" in: Pluralismus, Konzeptionen und Kontroversen, München 1972, S. 132

44) WEBER aaO S.18

45) WEBER ebda. S.20

46) Vgl. die späteren Ausführungen (unten V) über "Repräsentation-Elite".

46a) WEBER ebda, S.21.

47) Auf den Verfassungswandel versucht (als Ausnahme) BARING abzustellen, in: WEBER-NEEBE-BARING aaO., S.25 ff., 32 f.

48) BVerfGE 9,268, 284

49) Vgl. FORSTHOFF, Verwaltungsrecht I (1950), 48 ff. m.w.N. Zusammenstellung bei ISENSEE, Beamtenstreik, 86 ff; JUNG, Zweispurigkeit, 117ff., 130ff.

Die fundamentale Schwierigkeit bei der Interpretation des Funktionsvorbehaltes liegt darin, keine "tiefe Kluft zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit"⁵⁰⁾ aufbrechen zu lassen; andererseits jedoch muß die Interpretation eine gewisse Trennschärfe aufweisen, um nicht den Funktionsvorbehalt "zur internen unverbindlichen Ermessensrichtlinie" herunterzuspielen⁵¹⁾.

Verfassungswirklichkeit ist, daß heute der weitaus überwiegende Teil der Beamten nicht ausschließlich (oder auch nur teilweise) im Bereich der "Eingriffsverwaltung" tätig ist (52). Zu denken ist etwa an den riesigen Block der Unterrichts- und Wissenschaftsverwaltung bei den Ländern, bei den Gemeinden und Ländern an den Bereich der Versorgung und sozialen Sicherung, beim Bund z.B. an die Verkehrsverwaltung. Die verharmlosende Darstellung dieser Realität (53) verkennt, daß sie (vorläufiges) Ergebnis eines Prozesses ist, in dem - im Unterschied zu Weimar - sich die Macht des parlamentarischen Systems mit den (wenn auch unvollkommenen) Durchsetzungsmöglichkeiten "gesellschaftlicher" Bedürfnisse verbindet. Hieraus bezieht dieser Prozeß seine verfassungsrechtliche Legitimation (vgl. II. Kapitel, II und III).

Die Möglichkeiten dessen, was im Einklang mit dieser (legitimierten) Verfassungswirklichkeit und damit auch der Rechtssicherheit stünde, was gleichzeitig aber auch als geltendes Verfassungsrecht bestünde, sind naturgemäß eingeschränkt : unverträglich hiermit wäre eine Deutung des Art. 33 Abs. 4 als Funktionssperre, sofern die limitierte Funktion nicht alle⁵⁴⁾ Beamten mitumfaßt.

In der Tat läßt sich unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte und - trotz gewisser Bedenken - auf § 148 DGB 1937 vertreten, daß "hoheitsrechtlich" nur den "engste(n) Bereich des zwangsweisen, freiheitsbeschränkenden Eingriffs" meint (55).

50) Diese Kluft nimmt das BERLINER MODELL in der Tat an : Verwaltung in der Reform 1. Vorschläge für ein einheitliches Dienstrecht. S. 5; methodische Akrobatik bei JUNG (105).

51) So die bei ISENSEE (im Zshg. mit den "Sicherungsaufgaben") zitierte Praxis, S. 97

52) Personalstrukturerhebung 1968 in: Stat. Jahrbuch für die BRD 1969, S. 385 ff. und folgende Jahrgänge; Weitere Statistiken: DBB (Bundesvertretertag November 69, Beratungsunterlage 15, S. 17ff); THIEME, Gutachten, S. 28 ff.

53) wie es etwa bei LEISNER (Grundlagen, 51 ff.) geschieht.

54) oder doch nahezu alle; der außerhalb liegende Bereich könnte dann als zu reparierender Mißstand erfaßt werden.

55) JöR N.F. 1, 315 ff.; § 148 DGB v. 26.1.1937

Im Ergebnis auch JUNG (aa0, 192 : "nur die Eingriffsverwaltung") nach ausgedehnter Analyse (aa0, 135 -191). Die Formulierung stammt von THIEME (N 3), S. 57

Die wenigen Vertreter einer durch Art. 33 Abs. 4 gemeinten Funktionssperre in den 50er Jahren (56) konnten begreiflicherweise einer so engen funktionalen Auslegung nicht zustimmen. Immerhin bieten sich als Ausweg die Worte "in der Regel" an; allerdings nur so lange, wie die idealtypische Konstruktion gewahrt bleibt. Da dem heute nicht mehr so ist, ist der kleinste gemeinsame Nenner für eine der Verfassungswirklichkeit entsprechende Funktionssperre die "Verwaltung". Unter- und Obergrenze fallen also zusammen (57).

Angesichts dieser Schwierigkeiten faßt die ganz herrschende Meinung Art. 33 Abs. 4 nicht als Funktionssperre (Funktionsbeschränkung), sondern als (einseitigen) Funktionsvorbehalt, also als Mindestgarantie auf⁵⁸⁾. Die verfassungsrechtliche (also nicht einfache gesetzliche) Gewährleistung jenes "Minimums" wird je nach Standort und aus unterschiedlichen Erwägungen heraus⁵⁹⁾ weit⁶⁰⁾, enger⁶¹⁾ oder sehr eng⁶²⁾ gezogen. Auf der Suche nach einem "Abgrenzungskriterium" (vgl. die Überschrift zum III. Kapitel) vermag allerdings die herrschende Meinung noch weniger zu befriedigen als die Gegenmeinung, da ein bloßer (d.h. nicht mit einer Funktionssperre kombinierter) Vorbehalt deutlich weniger an Trennschärfe mitbringt.^{62a)}

56) OTTO, ZBR 1956, 236; vgl. JÜSGEN, DÖV 1951, 474 (477); QUIDDE, ZBR 1958, 231, 232

57) Sogar dieser "kleinste" Nenner (Verwaltung) erweist sich als zu wenig umfangreich, wenn man mit der wohl überwiegenden - und vom Verf. auf S. 4 ff. abgelehnten - Meinung vom "öffentlichen Dienst" mitsamt der Richterschaft ausgeht !

58) QUARITSCH, Pläne zur Änderung, S. 38 f.; DERS.: Referat 48. DJT, O 34,52; ISENSEE, Beamtenstreik, S. 96; sowie die gesamte in FN 60-62 zitierte Literatur.

59) Nicht hierhin gehört die Elitetheorie W. WEBERS u.a.

60) Sehr weitgehend LEISNER, Grundlagen, 46 ff. (51,52); frühere Nw. vollständig bei JUNG, Zweispurigkeit, 130 ff.

61) Der "Mittelweg" wird repräsentiert von KIRCHHOFF, Diss. (FN 26), 127 ff.; Polemik bei JUNG aaO, S. 110f. FN 102

62) WACKE in NEUES BEAMTENTUM (1951), 152, 177; THIEME, Der öffentliche Dienst, 57; BENZ, Beamtenverhältnis, 152 ff. ISENSEE op. cit. 84 ff; exemplarisch JUNG, Zweispurigkeit, 92 ff. und passim, 130 ff., Ergebnis S. 192. Politisch scheint sich die von LEISNER propagierte Erweiterung des Berufsbeamtentums (Grundlagen, S.52) durchzusetzen, vgl. "Der Spiegel" Nr. 7/1973, S. 33 f. Der hier schlummernde "Zündstoff" scheint unterschätzt zu werden.
62a) vgl. das Résumé bei JUNG aaO, S. 192: "...bedeutet lediglich, daß dieser Teilbereich des öffentl. Dienstes (sc. die Leistungsverwaltung) nicht ausschließlich dem Berufsbeamtentum garantiert ist."

Bei den Autoren, die zumindest im "gesicherten Kern"⁶³⁾ der hoheitsrechtlichen Befugnisse eine erhöhte Trennschärfe erreichen wollen, muß auffallen, daß diese Trennschärfe nur unter Zuhilfenahme "apriorischer Eigenschaften" des "Modernen Staates"⁶⁴⁾ gelingt.

Tatsächlich geht es hier um eine Anschauung vom Staate, die sein wesentliches Prinzip in der Souveränität sieht (65), wobei Souveränität als "Autonomie des staatlichen Handlungssystems" begriffen wird (66). Dieser Anschauung liegt - bewußt oder unbewußt - das Staatsverständnis HEGELS zugrunde, dessen klare Trennung von staatlicher Souveränität und dem "System der Bedürfnisse" oben dargelegt wurde. Diese Anschauung mag legitim sein; "apriorisch" ist sie sicher nicht⁶⁷⁾. Endlich scheint es auch legitim, den Standort der Interpreten anhand der Verfassung zu überprüfen (68).

QUARITSCH und ISENSEE gehen zunächst davon aus, daß der Funktionsvorbehalt "weder einen Zweck der Staatstätigkeit noch einen Kreis gegenständlicher Aufgaben" anspricht (ISENSEE)⁶⁹⁾, sondern auf "die mit den spezifisch staatlichen Mitteln handelnden Personen" abstellt (QUARITSCH)⁷⁰⁾. Die "spezifisch staatlichen Mittel", das "staatliche Imperium" sind Ausdruck der Einseitigkeit des "staatlichen Gewaltmonopols"⁷¹⁾; auf dieses Unterscheidungsmerkmal, das nach der Subordinations-theorie öffentliches und Privatrecht trennt, habe der Verfassungsgeber zurückgegriffen⁷²⁾.

63) Vgl. ISENSEE, Beamtenstreik, S. 85

64) ISENSEE ebda. 110 ff.; QUARITSCH Referat 48. DJT, O 35 ff.

65) ISENSEE ebda. isbs. 112-116 m.w.N.; QUARITSCH Referat 48. DJT ibd. und O 45 m.w.N.

66) QUARITSCH 48. DJT, O 36; ganz ähnlich ISENSEE aaO, 93

67) Temperamentvolle Erwiderung und Kritik an der Kategorie des "Modernen Staates" : HERZOG, Diskussion 48.DJT,095 f., HOFFMANN, Diskussion 48. DJT, O 85 f; BENDA aaO 0 90.

68) Dies auch dann, wenn QUARITSCH aaO (O 36) polemisch meint, daß sich die soverstandene Trennung von Staat u. Gesellschaft "nur um den Preis des totalitären Einparteienstaates..oder durch die Rückkehr zu der undifferenzierten Existenzform der Papuas..aufheben (läßt)". Dagegen (u.a.) mit Recht RAMM, 48. DJT, O 65.

69) ISENSEE, Beamtenstreik, 85 70) QUARITSCH,Referat O 52

71) ISENSEE, ebda.,85,93;ganz ähnlich QUARITSCH aaO O 37,45

72) ISENSEE, ebda. 85; ähnl. QUARITSCH aaO O 37

Gegen die vorgetragene Auffassung sind zahlreiche Bedenken vorzubringen (1); darüber hinaus ist sie nicht in der Lage, die besondere Stellung des Berufsbeamtentums innerhalb der Verwaltung zu begründen (2).

(1)

Der "obrigkeitliche Kernbereich", der laut ISENSEE "auch das idealtypische, statusadäquate Aufgabenfeld (bezeichnen)"⁷³⁾ soll, ist einerseits mit Dingen befrachtet, die wenig oder gar nichts mit dem Berufsbeamtentum zu tun haben, andererseits umfaßt er wesentliche Gebiete nicht, die geradezu prägend für das Berufsbeamtentum - um das es ja in Art. 33 Abs. 4 GG geht - sind. Auf einer solchermaßen verzerrten Basis ist keine Idealtypik errichtbar.

Der obrigkeitliche Kernbereich muß nach dem Staatsverständnis der zitierten Autoren die Rechtsprechung mit umfassen, da ja gerade hier das "eigentümlich staatliche Imperium" besonders wirksam ist. Diese Folgerung wird auch gezogen (74); daß die Rechtsprechung "in diesem Zusammenhang vernachlässigt werden (darf)" ist laut ISENSEE deshalb möglich, "weil für sie Sonderregelungen gelten (Art. 92, 97 GG)" (75). Danach hinge es also von diesen Sonderregelungen ab, daß die Richter nicht dem idealtypischen, statusadäquaten Aufgabenfeld der (weisungsabhängigen!) Berufsbeamten zugeschlagen werden. Die prinzipielle Einbeziehung der Rechtsprechung in den obrigkeitlichen Kernbereich verstößt gegen Art. 20, II, 2 GG.

Außerhalb des obrigkeitlichen Kernbereichs verbleibt nach der geschilderten Auffassung die Planungstätigkeit der Verwaltung. Um diese - insbs. im Hinblick auf die Ministerialverwaltung - weder mit der Realität noch mit der allgemeinen Meinung zu vereinbarende Folge zu vermeiden, argumentiert ISENSEE hier mit dem engen Bezug "zur staatspezifischen Regierungstätigkeit" (76); dieser enge Bezug rechtfertige es, die Tätigkeit der Ministerialverwaltung als "hoheitsrechtlich" im Sinne des Art. 33 IV GG zu bezeichnen (77). Hier begegnet uns wieder der HEGELsche Gedanke, daß die Staatsbeamten "Abgeordnete der Regierungsgewalt" seien (78). Wie freilich zwei derartig verschiedene Prinzipien, wie es der "Einsatz des staatlichen Zwanges" (79) und die "Mitarbeit an politischer Planung" (80)

73) ISENSEE, Beamtenstreik, 95

74) ISENSEE, ebda., 86: "In diesem obrigkeitlichen Kernbereich liegen Rechtspflege und Eingriffsverwaltung"; nicht so eindeutig QUARITSCH, 48. DJT, O 55 (These 1).

75) ISENSEE, op.cit., 86

76) ISENSEE, ebda.

77) ISENSEE, ebda.

78) vgl. o. FN 27, S. 38

79) ISENSEE, 85

80) ISENSEE, 86

sind, unter ein gemeinsames und dazu idealtypisches "Dach" des "staatlichen Gewaltmonopols" zu bringen sind (81), bleibt unklar. Die Nähe zur "staatsspezifischen Regierungstätigkeit" hat im übrigen in einem langen, sich heute noch weiter fortsetzenden Prozeß dazu geführt, daß zunächst die Minister, später weitere Kategorien "politischer Beamter" aus dem traditionellen Berufsbeamtentum verdrängt wurden. Es geht deshalb an der Realität und den Beamtengesetzen vorbei (vgl. §§ 31 BRRG, 36 BBG und Ländergesetze; daneben Bundesministergesetz, Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Parlamentarischen Staatssekretäre), den engen Bezug zur Regierungstätigkeit als "hoheitsrechtliche Befugnis" und damit als "obligatorische Beamtenfunktion" zu bezeichnen (82).

Die Verzerrung dieser angeblichen Basis der obligatorischen Beamtenfunktionen, die ohne Anleihe an andere "staatspezifische" Funktionen (Regierung, Rechtsprechung) nicht auskommt, gleichwohl aber den "Mindestwirkungskreis" der Beamten⁸³⁾ beschreiben will, beruht auch auf dem Mangel inhaltlicher Bezüge: wer die "hoheitsrechtlichen Befugnisse" allein als "Instrumentarium" oder "Mittel" versteht⁸⁴⁾, übersieht den inhaltlichen Bezug, der in Art. 33 Abs. 4 GG bereits durch die Formulierung "als ständige Aufgabe" gefordert wird⁸⁵⁾.
(2)

Der Funktionsvorbehalt ist nach allem Ausdruck der auch vom Verfassungsgeber intendierten "Zweispurigkeit" oder "Dreischichtigkeit" des öffentlichen Dienstes⁸⁶⁾; er vermag aber auch dann nicht die besondere Stellung des Beamtentums in der Verwaltung zu begründen, wenn er mit der hM durch den Begriff der "Eingriffsverwaltung" inhaltlich aufgefüllt werden soll; diese These ist im folgenden zu belegen.

81) So ISENSEE op.cit. S.93

82) ISENSEE (S. 84,86) übersieht diesen geschichtlichen Bezug (N. bei THIEME, Der öffentlichen Dienst, 9 ff.). In Schwierigkeiten kommt ISENSEE auch mit seiner Behauptung, daß der Gutachter keine hoheitlichen Befugnisse ausübe (aaO S. 96; aa und insofern konsequent JUNG, Zweispurigkeit S. 123), der nur "entscheidungs-vorbereitende" (verbeamtete) "Politische Planer" (= Gutachter!) aber notwendigerweise (ISENSEE aaO,86). Der "enge Bezug zur Regierungstätigkeit" hängt wohl kaum vom Beamtenstatus ab.

83) ISENSEE, 95,96; ähnl. QUARITSCH 48.DJT O 52, JUNG aaO 114.

84) ISENSEE, 85; QUARITSCH aaO

85) Bei ISENSEE (aaO S. 95) schrumpft diese Formulierung zur "zeitlichen Dimension" zusammen; tatsächlich wurden jedoch "Befugnis" und Aufgabe synonym aufgefaßt (N. bei JUNG aaO, 121), wobei der überkommene Aufgabenkreis die entscheidende Rolle spielte (vgl. JUNG aaO, 145; THIEME, Aufgabenbereich S. 27; JÖR n.F. 1,314 ff., 323; M-D-H, Art. 33, Rd. 35).

Die Erschließung des Begriffes "Eingriffsverwaltung", der teilweise mit dem der "Hoheitsverwaltung" synonym verwendet wird⁸⁷⁾, wird in doppelter Weise versucht :

- (a) Über das Begriffsverständnis des Verfassungsgebers - also historisierend und unter Einbezug der traditionellen Gesetze und der früheren Rechtsprechung.
- (b) Durch eine eher dogmatisch-kategoriale Einteilung, deren Hauptelement der Gegensatz zur "Leistungsverwaltung" ist.

zu (a):

Im Rahmen der "hergebrachten Grundsätze" ist eine historisierende Betrachtungsweise in jedem Falle zulässig. Unter Zugrundelegung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, der damaligen hM, des § 148 Abs. 1 DBG 1937, der Entstehungsgeschichte und der abschließenden Debatten im Parlamentarischen Rat läßt sich ein recht genaues Bild dessen aufzeigen, was herkömmlich als der den Beamten zu reservierende "Aufgabenkanon" (88) verstanden wurde (89).

Diese "Bestandsaufnahme" entbehrt jedoch jeglicher übergreifender Kohärenz; als Ergebnis historischer Entwicklung, innerdienstlicher Opportunität und politischer Dezision (90) ist sie nicht geeignet, aus den desperaten Verflechtungen und Verzweigungen schon der traditionellen Eingriffsverwaltung (91) heraus ein taugliches (und der damaligen Realität annähernd entsprechendes !) Destillat der "Eingriffsverwaltung" herauszufiltern: Die Anpassung an die geschichtliche Realität führt geradewegs in den Streit um den Beamtenstatus der Lehrer (92) oder der Bibliothekare und Museumsbediensteten (93).

- 86) Der Grundgesetzgeber wollte die Existenz des Berufsbeamtentums gesichert wissen, ohne den gleichfalls bewährten "Vertragsbediensteten" (Arbeiter u. Angestellte im öff. Dienst) aufzugeben (vgl. JUNG, Zweispurigkeit, 147 ff, 179 f. unter Hinweis auf das Sozialstaatsprinzip; THIEME, Aufgabenbereich; ISENSEE, 89). Diese Grundsatzentscheidung vermag aber keinen Aufschluß darüber zu geben, inwieweit die intendierte Abgrenzung (Art. 33 IV) gelungen ist.
- 87) Nach hM umfaßt die "Hoheitsverwaltung" neben der "Eingriffsverwaltung" auch Teile der "Leistungsverwaltung", nach der Interessentheorie sogar die gesamte Leistungsverwaltung (N. bei ISENSEE, S. 86 ff; JUNG, 63, 106 f., M-D-H, Art. 1 Rd. 109). Es verwundert deshalb nicht, daß LEISNER, der für das Berufsbeamtentum "als Grundlage moderner Leistungstaatlichkeit" plädiert (Grundlagen S. 47 ff.), nur diesen weiten Begriff der "Hoheitsverwaltung" verwendet (aaO und DERS. Mitbestimmung, S. 62 ff.).
- 88) ISENSEE, Beamtenstreik, 93
- 89) JUNG, Zweispurigkeit, umfassend (135-192); KIRCHHOFF, Diss. (FN 26); JÖR n.F. 1, 314 ff., ISENSEE, aaO, 92 f.; WACKE aaO (N 62); THIEME, Der öffentliche Dienst, 57; DERS.: Aufgabenbereich, 23 ff.; BENZ, Beamtenverhältnis, 152 ff.; FISCHER, DBG (1940), zu § 148 DBG; ULE, Beamtenrecht, zu §§ 2 BRRG, 4 BGG; alle m. zahlr. Nachweisen.

Eine heutige (1973) "Bestandsaufnahme" müßte in den Schlußfolgerungen zu ähnlichen Ergebnissen kommen, d.h. eher noch stärkere Verflechtungen und Zufälligkeiten konstatieren (94); die Funktionen selbst haben sich jedoch entscheidend verändert (95), und zwar quantitativ wie qualitativ.

Die in der Regel nur allmähliche (96), jedoch durch den Führungskreislauf des GG zwingende Veränderung der Aufgabenstruktur der Verwaltung läßt auch den "Typus" (97) des "eingreifenden" Beamten immer mehr zurücktreten. Diese Entwicklung macht auch vor den Polizeivollzugsbeamten nicht halt. (98)

Die historische Analyse kann also nur eine zutreffenden "Momentaufnahme" liefern und diese mit der heutigen Situation vergleichen. Eine brauchbare Abgrenzung liefert sie dagegen nicht.

-
- 90) vgl. bereits das Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920, RGBl. I, S. 147, §§ 9,10,13; N. bei ISENSEE, Beamtenstreik, S. 79; neuestes Paradebeispiel politischer Dezision ist die Verbeamtung der Fluglotsen, vgl. ISENSEE S. 90; der historische Vergleich zu den Verkehrsbetrieben bietet sich an. Weniger auffällig ist die durch Gesetz erfolgte Ausgliederung eines wesentlichen Teiles der herkömmlichen "obrigkeitlichen Funktion" der Aufnahme öffentlicher Urkunden (Beurkundungsgesetz v. 28.8.1969, BGBI. I, S. 1513).
- 91) Die traditionell verbeamteten Lehrer (vgl. ISENSEE S.92 ff., LEISNER, Mitbestimmung, S. 62 FN 153) passen so schlecht in das Bild der "Eingriffsverwaltung", daß JUNG gezwungen ist, diesen enormen Block "gesondert" zu betrachten (Zweispurigkeit, S. 77), um nicht seine behauptete These von der "Abhängigkeit der Personalstruktur von den übergeordneten Kriterien der Eingriffs- und Leistungsverwaltung" (aaO, S. 84) völlig in Frage zu stellen.
- 92) vgl. HECKEL DÖV 1961, 49; THIEME, Aufgabenbereich, S. 27; ISENSEE, Beamtenstreik, 94 m.w.N.; LEISNER, Mitbestimmung S. 62
- 93) QUARITSCH, Pläne (N 58), S. 39; ISENSEE aaO, 103 m.w.N.
- 94) Vgl. N 52; FLOERKE, Disk. 48. DJT, S. 0 72 spricht von einem "wahllose(n) Nebeneinander ohne Systematik". Auch ISENSEE meint, daß "die Wirklichkeit des öffentlichen Dienstes noch nicht einmal Ansätze zu einer systematischen Abgrenzung der Aufgabenverteilung zwischen Beamten und Arbeitnehmern erkennen" läßt (aaO, S. 79).
- 95) Wie alle einschlägigen Erhebungen beweisen, N 52, JUNG, Zweispurigkeit, 47-92; ULE, Die Entwicklung des öffentlichen Dienstes (1961).
- 96) Ein entscheidender Einschnitt erfolgt durch die verfassungsrechtlich vorgeschriebene Umstrukturierung 1949.
- 97) Der beliebte Typusbegriff (ISENSEE, 53 f., JUNG, 117: "allein auf das typische Verwaltungsgeschehen zugeschnitten") ist m.E. in diesem Zusammenhang nicht viel mehr als ein methodischer Kunstgriff, der eine noch größere Dehnbarkeit der Bestimmung zur Folge hat.
- 98) Einfach und zutreffend HERZOG, Diskussion 48. DJT, 0 96: "Was die Polizei tut, ist ja im Grunde nicht nur Eingreifen"; vgl. die landesrechtl. Polizeigesetze.

(b)

Die teilweise mit der oben (a) dargelegten Interpretation kombinierte dogmatisch-kategoriale Betrachtungsweise ist mit dem oben dargelegten Ansatz des Verfassers (99) von Haus aus unvereinbar, weil sie in den gleichen Fehler verfallen würde wie die oben unter (1) kritisierte (S. 44f.) Ansicht: An die Stelle der Funktion - und es ist schließlich vom "Funktionsvorbehalt" die Rede - würde das "Mittel" treten(100). Eingriff ist nur eine Form des Verwaltungshandelns: ob er ein geeignetes Mittel zur Erfüllung der Verwaltungsaufgaben ist, kann nur im Einzelfall entschieden werden und richtet sich nach den Kriterien der Sozialpflichtigkeit. Es existiert keine Spaltung der Verwaltung in der Weise, daß der eine Teil zu "leisten" und der andere "einzugreifen" hätte.

Das Unbehagen an einer dogmatischen Einteilung in "Leistungsverwaltung" und "Eingriffsverwaltung" ist in den letzten Jahren zunehmend gewachsen. Eine durch alle Lager hindurchgehende kräftige Strömung will an dieser Systematik nicht mehr festhalten, weil sie als "künstlich", schädlich oder geradezu absurd eingestuft wird.¹⁰¹⁾.

Aus den gescheiterten Versuchen, mit Hilfe des Funktionsvorbehalts die besondere Stellung des Berufsbeamtentums innerhalb der Verwaltung zu begründen, lassen sich immerhin einige zusammenfassende Folgerungen ziehen:

99) Oben S. 28 ff. m. N. (N 75 - N 77).

100) Mit diesem Ansatz ("Instrumentarium zur Bewältigung der vorgegebenen Zwecke und Aufgaben") versucht ISENSEE (aaO, 85) die von ihm selbst konstatierte Aporie der hM (vgl. ebda. S.79, 86 ff.) zu überwinden. ISENSEE verwendet jedoch ständig die Begriffe "Eingriffs-" und "Leistungsverwaltung" und zählt erstere sogar ausdrücklich zum "gesicherten Kern" des obrigkeitlichen Handelns (aaO, 86).

101) SCHÄFER, Referat 48. DJT, S. 0 14f. ("künstlich"); LEISNER, Mitbestimmung S. 66, zum Begriff der Leistungsverwaltung: "keine hinreichende dogmatische Schärfe" ..der "Systematik des öffentlichen Rechts..schwer geschadet". HERZOG, 48. DJT Festvortrag S. L 14 ("absurd"); DERS. Disk. 48. DJT, S. 096: "...ich habe keinen Sinn dafür, die Beamten und die Angestellten so nach dem Begriff der Eingriffs- und Leistungsverwaltung, der obrigkeitlichen Betätigung usw. einzusortieren". Zutr. auch THIEME, ZHR 65,33,36. An der herkömmlichen Einteilung hält isbs. JUNG, Zweispurigkeit (S. 73 ff.) fest; die behauptete "Interdependenz zwischen Verwaltungsziel und Tätigkeitsform", die die Begriffe prägten (74), erlaubt es ihm aber, die Analyse der "Aufgabenstruktur" mit der Tätigkeitsform (z.B. S. 152: "Eingriff in Freiheit und Eigentum des Bürgers, Hoheit in Formen des Befehls u. Zwangs") anscheinend zwanglos zu vereinen, tatsächlich aber zu verwischen.

- (1) Funktional "hoheitsrechtliche Befugnisse" als angestammter und mit ausreichender Trennschärfe behafteter Wirkungskreis der Beamten sind durch Interpretation nicht abgrenzbar. Sie werden innerdienstlich oder durch Gesetz 102) dazu gemacht.
- (2) Die mangelnde Trennschärfe schwächt auch die Verfassungsnorm des Art. 33 Abs. 4 GG, die sich als fast beliebig auslegbar erwies¹⁰³⁾. Art. 33 Abs. 4 GG leistet keine Abgrenzung; er setzt die Zweispurigkeit (als politische Verfassungsentscheidung)¹⁰⁴⁾ voraus.

Es erscheint nur folgerichtig, diese Aporien einzugestehen:

" Die Unterscheidung in hoheitliche, nichthoheitliche und fiskalische Verwaltung wirkt künstlich, denn staatliches Handeln (105) kann nur als ein Gesamtsystem verstanden und erklärt werden... Alle staatlichen Einrichtungen sind daher zu sehen im Zusammenhang mit den Einrichtungen der gesamten Gesellschaft, sie sind nicht schlechthin übergeordnet, sondern eingefügt in den gesamten Lebensrythmus und die Ordnung der Gesellschaft; auch die Ausübung sog. hoheitlicher Tätigkeit ist sachbezogen eingefügt. Die Tätigkeit des Staates ist also nicht isoliert zu betrachten, sondern immer nur in der Gesamtschau der Gesellschaft. Mit der Gesellschaft wandeln sich die Aufgaben und damit die Anforderungen und der Charakter derjenigen Gruppe, die für den Staat tätig sein wird." (106)(SCHÄFER)

Die Schwäche der Norm und des traditionellen Abgrenzungskriteriums ist zunächst nur zu konstatieren. Wenden wir uns einem anderen Begriff zu, der hergebrachtermaßen die besondere Stellung des Berufsbeamtentums erklären soll: dem Begriff der Stabilität.

- 102) Die innerdienstliche Praxis (N. bei ISENSEE aaO, 97) ist ohne Zweifel noch "verfassungsferner" als die gesetzliche Dezision. Der Vorbehalt läßt unkontrollierbare (und nicht wegzuinterpretierende) "Löcher offen", vgl. HERZOG, 48. DJT, Diskussion, O 96.
- 103) Vgl. N 60 - N 62 (S. 42).
- 104) SÖRGE, Konsensus und Interessen, S. 120 ff.
- 105) In diesem Zusammenhang der Ausgangsbasis des Verf. (I. Kapitel) besser entsprechend: "Verwaltungshandeln" des Staates. Vgl. S. 1 ff.
- 106) SCHÄFER, Referat 48. DJT S. O 14; ähnl. THIEME, Beamtentum im Wandel, DÖV 1968, 405 ff. Die Ausführungen SCHÄFERS sind im Zusammenhang wiedergegeben, weil ihnen Exemplarität zukommt. Die Terminologie des Verf. (I. u. II. Kapitel) wäre zwar etwas von der SCHÄFERS verschieden; wesentliche Änderungen ergäben sich im Inhalt aber wohl nicht.

III. STABILITÄT - KONTINUITÄT - NEUTRALITÄT

" Die Aufgabe der Bureaucratie ist die Wahrung der Staatsstabilität " (KÖTTGEN). (107)

Angesichts der bestehenden Verfassungslage, die "nicht auf Neutralität angelegt" ist¹⁰⁸⁾, sondern eine "streitbare Demokratie"¹⁰⁹⁾ will, muß es auffallen, daß zur Abgrenzung des Berufsbeamtentums gegenüber anderen Institutionen so "neutrale" Begriffe wie "Stabilität", "Kontinuität" und "Neutralität" nach wie vor hoch im Kurs stehen.

Im folgenden Abschnitt soll versucht werden, historische und auch moderne Gründe für das Festhalten an einer Terminologie aufzuzeigen, die nicht unproblematisch erscheint. Die Berechtigung einer Untersuchung an dieser Stelle ergibt sich aus der Bedeutung, die das BVerfG und das Schrifttum (110) diesen Begriffen beimessen.

In seiner Entscheidung vom 11. Juni 1958 hat das BVerfG eine besonders klare Aussage darüber getroffen, was seiner Meinung nach für die Kennzeichnung eines Beamtentums in der freiheitlichen, rechts - und sozialstaatlichen Demokratie ausschlaggebend sei:

"~~Das~~ Berufsbeamtentum kann die ihm hier zufallende Funktion, eine stabile Verwaltung zu sichern und damit einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften zu bilden, nur erfüllen, wenn es rechtlich und wirtschaftlich gesichert ist." (111)

107) KÖTTGEN, Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie (1928), S. 123

108) So FORSTHOFF, Prolegomena DÖV 1951, S. 460

109) BVerfGE 5,85, 139

110) Aus dem jüngeren Schrifttum vgl. LEISNER, Grundlagen, S. 36 ff ; JUNG, Zweispurigkeit, S. 173 ff.

111) BVerfGE 8,1,16

Hervorhebungen ebenso wie auf der folgenden Seite vom Verfasser.

An anderer Stelle meint das Gericht, die rechtliche und wirtschaftliche Sicherung des Beamten bilde die Voraussetzung dafür,

"daß sich der Beamte ganz dem öffentlichen Dienst als Lebensberuf widmen und in rechtlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit zur Erfüllung der dem Berufsbeamtentum vom Grundgesetz zugewiesenen Aufgabe, im politischen Kräftespiel eine stabile, gesetzestreue Verwaltung zu sichern, beitragen kann (§ 35 BRRG; BVerfGE 8,1 (14,16); 11, 203 (210,216f.))." (112).

Diese Entscheidungen sind m.E. einer genaueren Betrachtung zu unterziehen, da sie die Besonderheit des Berufsbeamtentums von der funktionalen Seite belegen wollen ("Funktion", "Aufgabe"), und sich die vorliegende Untersuchung der Problematik des Art. 33 Abs. 5 von eben dieser Seite nähern will.

Historisch hängen Stabilität und Unabhängigkeit im Beamtenrecht und in der politischen Wirklichkeit bereits des späten Absolutismus eng miteinander zusammen¹¹³⁾.

Dies erklärt vielleicht auch, daß dem Gericht in der oben zitierten Entscheidung mit seiner Formulierung einer "rechtlichen Unabhängigkeit" des Beamten ein eindeutiger Lapsus unterlaufen ist: im Rechtsstaat ist der Beamte rechtlich abhängig, und zwar von Rechtsnormen, Verwaltungsanordnungen, dienstlichen Befehlen usw.

Unabhängigkeit und Stabilität bezogen ihre Rechtfertigung zunächst aus der Trennung von Bürgerlicher Gesellschaft und Staat¹¹⁴⁾. In der frühen Epoche der "Wächterbürokratie"¹¹⁵⁾ ist wegen des zur heutigen Verfassungslage umgedrehten Führungskreislaufes die Unabhängigkeit von der Gesellschaft¹¹⁶⁾ von besonderer Bedeutung. Gerade weil die (preußischen)

Beamten "sich für die Ziele der Monarchie und das Programm des Staates einsetzten, standen sie notwendigerweise allen Wünschen der Öffentlichkeit, die dem staatlichen Kurs entgegenliefen, durchaus kühl gegenüber. Sie befanden sich auf der Seite des Königs und dienten dem Volk durch ihn... Der Staatsbürger und das öffentliche Interesse konnten sich in ebenso guten wie autoritären Händen wännen, und öffentliche Kritik machte den Beamten wenig aus." (117)

112) BVerfGE 21,329,345

113) Vgl. THIEME, Der öffentliche Dienst, S. 3 m.N.; LEISNER, Grundlagen, S. 30 114) Vgl. o. S. 38

115) Vgl. MORSTEIN MARX, Einführung in die Bürokratie, 72 ff.

116) Sehr einseitig bezieht LEISNER (aaO, 31 f.) die gesamte Entwicklung des Berufsbeamtentums auf die Unabhängigkeit gegenüber dem monarchischen Willen.

Als die Bürgerliche Gesellschaft in der konstitutionellen Epoche erstarkte, waren die (oberen) Beamten als beauftragte Mittler, Fachleute und (häufig) soziale Aufsteiger¹¹⁸⁾ Nutznießer dieser Situation.

Zur Unabhängigkeit gegenüber der Gesellschaft tritt jetzt die auch auf politische Notwendigkeit, nicht mehr nur auf Unentbehrlichkeit des Fachwissens gegründete Unabhängigkeit gegenüber der Staatsspitze. Sie drückt sich aus in der verstärkten Bindung der Verwaltung an das (demokratische) Gesetz, äußerlich in der Form besonderer Verfassungseide (119).

Der Monarch bleibt jedoch Repräsentant der Staatsidee, die Beamten Vollstrecker dieser Idee. Deshalb erhalten die Beamten in diesem "gemischten" Führungskreislauf die Stellung eines pouvoir intermédiaire.

In der Weimarer Republik hat sich ein Großteil des Oberbeamtentums trotz des republikanischen Traumas¹²⁰⁾ und der auf seine Abschaffung gerichteten politischen Bestrebungen¹²¹⁾ "erfolgreich" einer Einordnung in den nun demokratisch verfaßten Führungskreislauf entziehen können.

Sicher begünstigte auch die Konstruktion des Staatsoberhauptes diese "Stabilität" des Berufsbeamtentums (122), die mit massiver Unterstützung des Schrifttums gewahrt wurde.

Gegenüber der Jahrhunderte zählenden Geschichtes des Berufsbeamtentums waren Ereignisse wie Revolutionen und Verfassungsänderungen von untergeordneter Bedeutung (123). Die Bedeutung der Bürokratie bestünde vielmehr "in der Erhaltung des historisch Gewordenen" (124), in der Erhaltung einer absolut gesetzten Staatsidee. Diese "Staatsstabilität" gilt es zu wahren (125).

117) MORSTEIN MARX, Einführung in die Bürokratie, S. 76 f.

118) Vgl. N. bei THIEME op. cit. S. 4 FN 20-23

119) Wie z.B. in der preußischen Verfassungs Urkunde 1850, Artikel 108

120) Vgl. hierzu KIMMINICH, Deutsche Verfassungsgeschichte, 496 f.; JUNG, Zweispurigkeit, S. 36; WIESE DVBl. 70, 644, 647; MENZEL, Parteienstaat und Beamtentum DÖV 70, 433, 441 f.

121) KOLB, Die Arbeiterräte in der deutschen Innenpolitik 1918-1919 (1962). N. ferner bei THIEME op.cit. S.7

122) Hierzu ausführlich KIMMINICH op.cit., S. 497 ff.

123) KÖTTGEN op.cit.(N 107), S. 243; bezeichnend auch der Spruch O. MAYERS "Groß Neues ist ja seit 1914 und 1917 nicht nachzutragen., „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht" (in: Vorwort zur 3.Aufl. 1924 Dt. Verwaltungsrecht I).

124) KÖTTGEN, op.cit., 243

125) KÖTTGEN op.cit. S. 123

Das herrschende Dogma, daß die Bürokratie "unmittelbares Staatsorgan" sei¹²⁶⁾, führt notwendigerweise zur Absetzung gegenüber "gesellschaftlichen", "politischen" Kräften, namentlich gegenüber den politischen Parteien, die "vornehmster Gegner" der Bürokratie werden¹²⁷⁾.

Im Kampf um die Abwehr des "zerstörerischen politischen Pluralismus"¹²⁸⁾ - Programm auch der NSDAP¹²⁹⁾ - und im Zusammenhang mit der von der juristischen Wissenschaft hervorgebrachten Repräsentations- und Elitetheorie des Berufsbeamtentums¹³⁰⁾ wird Stabilität zum Bemühen um Überwindung des Pluralismus.

In der einen Variante bietet sich bereits frühzeitig eine - von verfassungspolitischen und verfassungsrechtlichen Verhaltensregelungen abgelöste - "Nation" an¹³¹⁾, die ergänzt wird durch den Ruf nach "charismatischer Führung" durch den "modernen Parteiführer", dessen Führung "den Vorzug größerer Ursprünglichkeit" habe¹³²⁾.

In der anderen - freilich nicht sauber zu trennenden - Variante rückt die "stabile" Bindung des Berufsbeamtentums an ein "kulturelles Ganzes"¹³³⁾, sein "Dienst am Ganzen"¹³⁴⁾ in den Mittelpunkt einer von der Verfassung losgelösten Gemeinwohlvorstellung.

126) N. bei KÖTTGEN op. cit., S. 267 ff. Hier anzusiedeln sind auch die Versuche der Weimarer Rechtslehre, den Reichspräsidenten als Spitze der Exekutive (C. SCHMITT) oder gar als Reichsbeamten aufzufassen. Nachweise bei KIMMINICH, op.cit., S. 502 FN 56

127) KÖTTGEN, op.cit. S. 123 f. Die ablehnende Haltung des sich z.T. aus dem Oberbeamtentum rekrutierenden Schrifttums gegenüber den politischen Parteien - mit Ausnahme der meist verschonten NSDAP - bleibt das bezeichnendste Merkmal der Weimarer Diskussion. Vgl. hierzu MENZEL, Parteienstaat und Beamtentum DÖV 70, 433 ff.

128) C. SCHMITT, zitiert bei MENZEL aaO, S. 433

129) Vgl. nur KIMMINICH, op.cit., S. 503

130) Vgl. nur C. SCHMITT, Verfassungslehre 1957³, S. 208 ff. Ausführlich hierzu unten V

131) KÖTTGEN, op. cit., S. 75, 118 f., 242 f. m.N.

132) KÖTTGEN ebda. S. 242 133) SMEND, Verfassung u. Verfassungsrecht (1928), neu veröff. in Staatsrechtliche Abhandlungen u. andere Aufsätze (1955), S. 30

134) Zahlreiche N. bei BENZ, Beamtenverhältnis, S. 48

Angedeutet werden muß hier, daß die Werke Max WEBERs einen wesentlichen Einfluß auf die Formulierung solcher Theorien hatten. Trotz seiner eindeutig ablehnenden Haltung gegenüber der "Beamtenherrschaft" (135) hat M. WEBER den konservativen Ideologen des Beamtentums durch seinen Begriffsapparat (136) und die "rein empirische" Schilderung sozialer Prozesse Werkzeuge in die Hand gelegt, die einer Ablösung des Beamtentums von der politischen Verfassung und damit einem übersteigerten Selbstbewußtsein entgegenkamen:

"Die ganze Entwicklungsgeschichte des modernen Staates insbesondere ist identisch mit der Geschichte des modernen Beamtentums und bürokratischen Betriebes.." (137).

(Unvollständige) Aussagen dieser Art vermochten die Ideologen des Oberbeamtentums nicht gerade zur Überprüfung ihrer Ansichten zu bewegen.

Die Ausprägung der^{er}sten Variante verschärft sich gegen Ende der Weimarer Republik: "Volk" - von KANT noch schlicht als "eine Menge von Menschen"¹³⁸⁾ oder als "die in einem Landstrich vereinigte Menge Menschen"¹³⁹⁾ bezeichnet - wird juristisch erhöht zur "lebendigen Nation"¹⁴⁰⁾, zum "Volksstaat" und schließlich zum "Führerstaat" - alles freilich im Zeichen "der" Staatsidee und "der" Stabilität¹⁴¹⁾.

Die etwas breitere Behandlung dieses Übergangs in faschistische (nationalsozialistische) Tendenzen soll zunächst die Notwendigkeit weiterer Untersuchungen unterstreichen (142); sie dient jedoch auch dazu, die nach 1949 verbreiteten Lehrmeinungen - die heute allzu rasch als frühere "Mode" abgetan werden (143) - in ihren geschichtlichen Zusammenhang zu stellen. Dieser Zusammenhang - der sich als "Einheitsmythos" anschaulich machen ließe - läßt sich auch in an-

- 135) Vgl. M. WEBER, Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland (1918). Bezeichnenderweise hieß der Untertitel "Zur politischen (! Verf.) Kritik des Beamtentums und Parteienwesens", womit WEBER die "wissenschaftliche" Aussagekraft wieder relativierte; vgl. eingehend ALBROW, Bürokratie (1972)
- 136) Zu diesem gehört der von KÖTTGEN verwendete Typus der "charismatischen Herrschaft". Ähnlich die von WEBER "in einem gänzlich wertfreien Sinn gebrauchte" Analyse der Bürokratie als "technisch reinste(r) Typus der legalen Herrschaft", vgl. WEBER, Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft, zit. Kröners Taschenausgabe Bd. 229 (1964), S. 151 ff. (153, 159, 161)
- 137) Max WEBER aao, S. 153 f.; erstmals veröffentlicht in Preußische Jahrbücher 187 (1922), S. 1-12
- 138) KANT, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre § 43; zit: KANT Werke Wiesbaden 1956, Bd. IV, S. 429
- 139) KANT, Anthropologie in pragmatischer Hinsicht, loc.cit., Bd. VI, S. 658

deren Bereichen, z.B. im literarischen aufzeigen: auch hier liegt die Re-politisierung der a-politisch verstandenen "Einheit" nicht zufällig im "Schritt von der Mythisierung der Einheit zur Mythisierung dessen, der diese Einheit im ordnenden Zugriff leistet" (144).

Das BVerfG hat 1953 im "Beamtenurteil" mit Recht die Stabilität des Berufsbeamtentums über den Zusammenbruch des NS-Staates hinaus verneint, weil das Beamtenverhältnis selbst "eine tiefgreifende, sein Wesen berührende Umgestaltung erfahren" habe¹⁴⁵⁾; drastischer ausgedrückt: weil es sich zu sehr "in Hitlers Maschen verstrickt" hatte¹⁴⁶⁾.

Im gleichen Urteil hat das Gericht auch klar zum Ausdruck gebracht, daß es keine von der Staatsform unabhängige Stabilität des Berufsbeamtentums geben könne¹⁴⁷⁾.

Das Gericht ist aber in diesen Aussagen nicht konsequent geblieben, wie die Ausgangsentscheidungen - oben S. 50 f. - zeigen. Lediglich im Hinblick auf die persönliche Rechtsstellung der belasteten Beamten hat das Gericht keine "Stabilitätskonzessionen" gemacht (148); zur These von der Stabilität der Institution, die im Schrifttum zunächst kaum bestritten ist und vom BGH mit großer Emphase verteidigt wird (149), kehrt jedoch das BVerfG zurück.

140) KÖTTGEN, Das deutsche Berufsbeamtentum, S. 118; vgl. N 131

141) Vgl. KÖTTGEN, Die Stellung des Beamtentums im NS-Führerstaat, JÖR 25, 1ff; KOELLREUTER, Der deutsche Führerstaat (1934), S. 9 ff; DERS.: Deutsches Verfassungsrecht (1935), S. 49ff, 132f.

Durchaus im Sinne dieser Stabilität das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums 1933 (RGBl. I, 175) Vgl. auch MENZEL DÖV 70, 433, 442 m.N.

142) Hervorzuheben die geleisteten Arbeiten von BRACHER, Die Auflösung der Weimarer Republik, 1964⁴, S. 250 ff. u. passim; NEUMANN, Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism; Toronto-New York-London 1942

143) Wie es LEISNER tut (Grundlagen, S. 16).

144) U. CZYBULKA, Der Mythos des Tragischen. Zur Ideologie eines Begriffs. Phil. Diss., München 1973, S. 96

145) BVerfGE 3, 76, 89

146) MORSTEIN MARX, Einführung in die Bürokratie, S. 199

147) BVerfGE 3, 76, 116 ff mit Einschränkungen für das Beamtenverhältnis im traditionell-rechtsstaatlichen Sinne.

148) Vgl. noch BVerfGE 22, 387 ("von Papen"-Entscheidung).

149) Isbs. BGHZ 13, 292, 295 ff.

Durch das Einschwenken auch des BVerfG auf die herrschende Linie stellt sich die wissenschaftliche Diskussion über die "Stabilität" des Berufsbeamtentums unter der Geltung des GG¹⁵⁰⁾ als Wiederholung der in der Weimarer Zeit vertretenen Ansichten dar.

Diese angesichts der auch von konservativer Seite bejahten These, daß "jeder Staat einer seinen spezifischen Bedürfnissen angepaßten Amtsverfassung" bedarf (151), zunächst erstaunliche Parallelität der Entwicklung wird verständlicher, wenn man an die bereits erwähnte "Kontinuität" im Schrifttum (152) sowie an die politisch erfolgreiche Durchsetzung der Beamtenbestimmungen im Grundgesetz denkt (153).

Drei Elemente kehren - wie in der Weimarer Diskussion - mit unterschiedlicher Gewichtung immer wieder:

- (1) Der Beamte und damit das Beamtentum ist unpolitisch¹⁵⁴⁾.
- (2) Das Beamtentum ist einer über der Verfassung stehenden Staatsidee verpflichtet; zur Stützung werden Einheitsvorstellungen, mit Vorliebe das Gemeinwohl herangezogen (155). Nationalistische Vorstellungen werden naturgemäß seltener (156).
- (3) Die Stabilität (oder auch "Unabhängigkeit") des Berufsbeamtentums wird aus dem Gegensatz zu den politischen Parteien abgeleitet (157).

150) Die wissenschaftliche Diskussion setzt schon bei den Beratungen des Parlamentarischen Rates ein.

151) KÖTTGEN, Das deutsche Berufsbeamtentum, S. 2; 152) o.S. 39

153) Hierzu ausführlich SÖRGEL, Konsensus und Interessen Stuttgart 1969, S. 91 ff., 120 ff.

154) Vgl. nur BGHZ 13, 292, 296; THIEME, Der öffentliche Dienst, S. 21 m.N.; KÖTTGEN, Grundgesetz und Beamtenrecht, S. 236; JUNCKER ZBR 67, 65 ff; Nachweise im Bereich der Verwaltungswissenschaft bei LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, S. 9 f.

155) Vgl. nur THIEME, Der öffentliche Dienst, S. 19 ff. KÖTTGEN, Innenpolitik u. allgemeine Verwaltung, DÖV 64, 145, 150 f.; FORSTHOFF DÖV 51, 460; ferner die Kommentierungen zu § 35, II BRRG bzw. 52, I BBG bei FISCHBACH, BBG 3. Auflage 1964/65; ULE, Beamtenrecht (1970); BOCHALLI, BBG 2. Aufl. 1958; DERS.: Grundriss des Deutschen Beamtenrechts (1965); einschr. LEISNER, Grundlagen, 16 ff

156) Aber z.B. NEEBE, Staatsdienst und Staatsschicksal, Hamburg 1955.: Auf. S. 104 wird zustimmend SPENGLER zitiert: "Ohne den Beamten als Stand ist das deutsche Volk nicht denkbar, weder als Rasse noch in seiner Gefahrenlage".

157) Hierzu eingehend unten V und IV. Kapitel, IV, 3 vgl. hier nur BVerfGE 8, 1 (16); 21, 329 (345).

Das erste und dritte Element finden wir bei den zum Ausgangspunkt unserer Überlegungen gewählten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wieder (oben S. 50 f.). Mit dem zweiten Element ist das Gericht zurückhaltend verfahren: es spricht hier nur von der Erhaltung der Institution im Interesse der Allgemeinheit (oben S. 32).

Die Gefährlichkeit der Stabilitätsthese verschärft sich angesichts der ihr historisch immanenten Tendenz, sich außerhalb der gültigen Verfassungsordnung Platz zu verschaffen. Diese Tendenz setzt sich in der BRD bei den Vertretern der Richtung fort, die ich die mythologische Schule nennen möchte. Diese Richtung hat die Nachkriegsdiskussion entscheidend geprägt. Dies wird umso deutlicher, als auch die Vertreter der in jüngerer Zeit einsetzenden ("rationalen") Gegenströmung sich in weitem Umfang auf die gewissermaßen gereinigten Erkenntnisse der Mythologen abstützen¹⁵⁸⁾.

Dieser Hintergrund und die unglückselige Deutung des Beamtentums als eines stabilen, ausgleichenden Faktors durch das BVerfG, haben die noch zu leistende Bestimmung des Platzes der Verwaltung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes erheblich behindert.

Nach Aussagen der mythologischen Schule (ab 1949) soll es Funktion des Beamtentums sein, "das Gerüst des Staates zu bilden gegenüber der fluktuierenden Dynamik des politischen Kräftesystems" (159), oder auch eine "Achse des Staates" zu bilden, "die auch dann noch bleibt, wenn Krisen entstehen" (160). Hier wird der Weg vorgezeichnet zur "Gleichgültigkeit gegenüber Verfassungsprinzipien, Geringschätzung des Parteienkampfes, Unempfänglichkeit gegenüber dem Wechsel in der politischen Leitung und Arroganz im Vertrauen auf das

158) So beruht LEISNERS Schrift (Grundlagen des Berufsbeamtentums), in der er sich deutlich von "historischen Reminiszenzen an die Romantik" absetzt (vgl. Vorbemerkung), zum entscheidenden Teil auf Erkenntnissen von KÖTTGEN, KOELLREUTTER und Werner WEBER. Ähnliches gilt für die betont rational argumentierende Darstellung von ISENSEE (Beamtenstreik), deren außerjuristische Passagen (z.B. S. 90 " das spezifisch dienstliche Ethos,...wodurch das Beamtenverhältnis erst lebensfähig wird")nur durch diese Vorprägung verständlich werden.

159) W. WEBER in WEBER-NEEBE-BARING, Der deutsche Beamte heute (1959), S. 20

160) KLEINDINST in WEBER-NEEBE-BARING, op.cit. S. 31

eigene Urteil. Ja, wenn das Schiff auf der Sandbank festsetzt, überzeugt sich die Bürokratie vielleicht selbst von der Notwendigkeit, sich selbst als „überparteiliche“ Lösung ans politische Steuerrad zu stellen.“ (161)

Den Befürchtungen MORSTEIN MARX' entspricht z.B. die Aussage von GÄRTNER, daß es allein auf ein "lebendiges und geschichtsmächtiges Berufsbeamtentum" ankomme; "nicht auf irgendwelche Thesen, auch nicht auf irgendwelche Gesetze, nicht einmal auf Grundgesetzartikel" (162). V. MERKATZ will dem Berufsbeamtentum die Aufgabe zuteilen, "den Pluralismus (zu) überwinden und die industrielle Massengesellschaft zu einem organischen, dauerhaften Gefüge (zu) erheben" (163). Er übersieht dabei offensichtlich, daß das Grundgesetz mitnichten den Pluralismus überwinden, sondern ihn etablieren will (164). RÖBLER hält nichts vom Meinungsbildungsprozeß durch die politischen Parteien: "Das Ideal des Beamtentums muß die Erhaltung der historisch gewordenen Grundlagen des Volkslebens und ihre stete Belebung durch Dienst und Opfer für den Staat sein, der - gegenüber den Parteien - die überzeitlich politische Form des Volkes geworden ist" (165). FINGER sieht das Beamtentum als "ruhenden Pol in der Erscheinungen Flucht" und - wie viele - als "Element der Gewaltbalance" (166). MÜLLER-HEIDELBERG teilt ihm deshalb den Auftrag zu, "einen Raum der Neutralisierung und Integration zu erhalten, in dem der Staat wirklich Staat bleiben kann" (167).

Das wirft die Frage auf, welcher Staat in diesen Aussagen - denen fast beliebig viele hinzuzufügen wären (168) - eigentlich gemeint ist: die Vorstellungen der mythologischen Schule betreffen nicht den Einbau der Verwaltung in die Verfassung des Grundgesetzes. Dies ist verständlich, wenn man das Beamtentum "als von der Staatsform unabhängig und ihr gegenüber neutral" (169) ansieht. Ein derartiger Fremdkörper muß dann freilich "eingekreist und umzingelt (sein) von den pluralistischen gesellschaftlichen Kräften und Machtpositionen, umbrandet von den legitimen und illegitimen Wünschen und Interessen" (170), und seine Situation "bedauerenswert" oder gar "notwendig im echten Sinne tragisch" (171) finden.

-
- 161) MORSTEIN MARX, Einführung in die Bürokratie, S. 42 f.
162) GÄRTNER in WEBER-NEEBE-BARING op.cit., S. 13
163) in SCHEUNER-V.MERKATZ, Die politischen Pflichten und Rechte des deutschen Beamten (1962), S. 63
164) Vgl. nur LEISNER, Grundlagen, S. 19, der sogar das Berufsbeamtentum durch den Pluralismus legitimieren will.
165) RÖBLER, Deutsches Beamtentum und Auslese, S. 123, in: LOSCHOLDER-RÖBLER, Ausbildung und Auslese der Beamten (1961). 166) FINGER, Ist das Berufsbeamtentum bei der Deutschen Bundesbahn noch zeitgemäß? ZBR 64,65f.
167) MÜLLER-HEIDELBERG Zuviel Staat? in DVBl. 61,757,762
168) Weitere Aussagen unten unter V (Repräsentation-Elte).

Tatsächlich kann eine solche "Stabilitätsfunktion", wie sie herkömmlich dem Berufsbeamtentum zugeschrieben wird, in unserem Verfassungsfüge keinen Bestand haben: Stabilität, die unabhängig von der Verfassung erbracht wird, sprengt die Verfassungsordnung. Jenes herkömmliche Abgrenzungskriterium "Stabilität" unternimmt den Versuch, das Beamtentum von der Verfassung auszugrenzen und muß deshalb als unzulässig eingestuft werden (vgl. o. S. 6 ff.)¹⁷²⁾.

Das Bundesverfassungsgericht hat im übrigen seine Entscheidungen auch nicht begründet: man kann nicht von einer "vom Grundgesetz zugewiesenen Aufgabe" sprechen und hierbei auf § 35 BRRG verweisen (vgl.o.S.51): § 35 BRRG, der die allgemeinen Pflichten des Beamten umreißen soll, kann nicht Dispens erteilen von einer - vom Gericht nicht einmal versuchten - eingehenderen Verfassungsanalyse. Die Bezugnahme des Gerichts auf die freiheitliche, rechts- und sozialstaatliche Demokratie muß in Anbetracht der fehlenden Verfassungsanalyse (des Art. 20) als bloße Formalität erscheinen.

-
- 169) Darin sieht WACKE, Zur Neugestaltung des Beamtenrechts, AÖR 76,385,393 das Ergebnis der Weimarer Diskussion.
- 170) MÜLLER-HEIDELBERG DVBl. 61,757,762
- 171) So FORSTHOFF, Prolegomena DÖV 51, 460; FORSTHOFF konzediert aber, daß das GG nicht auf diese "Neutralität" angelegt sei; insofern würde die Sonderstellung des Beamtentums fraglich.
- 172) Frühzeitig hat BARING (in WEBER-NEEBE-BARING op. cit., S. 27,32) auf die Gefahren der Stabilitätsthese hingewiesen und sie abgelehnt; ähnl., aber zurückhaltender, SCHEUNER in SCHEUNER-v.MERKATZ op.cit., S. 24. Gegen die Rspr. des BVerfG wenden sich dezidiert SCHÄFER (Referat 48.DJT, S. 0 18 f.) und KÖLBLE, DÖV 70, 447, 456. Auch LEISNER (Grundlagen, S. 24) nimmt an, daß die Staatsform des GG keine Beamtschaft, "die sich als ein Pouvoir intermédiaire zwischen Staat, Parlament und Bürger schübe", duldet. An der Terminologie hält LEISNER (S. 18 f.) jedoch fest. JUNG, Zweispurigkeit, (173-175) versteht unter Stabilität nur die lebenslange Dienststellung sowie die Verpflichtung des Beamten auf Sachlichkeit und Gerechtigkeit, bezieht also die traditionelle Problematik gar nicht erst mit ein. Dementsprechend kommt er auch zu dem Ergebnis, daß auch der Angestellte des öff. Dienstes an der "Stabilitätssicherung der Verwaltung" Anteil hat (aaO, 175). Es zeigt sich hier exemplarisch, wie der "harmonisierende Ansatz" (vgl.o.S.8 ff.) zwar in der Lage ist, Verfassungskonflikte zu vermeiden, dabei jedoch jegliche Trennschärfe verliert.

Gleichermaßen ungeeignet zur Abgrenzung des Berufsbeamtentums innerhalb der öffentlichen Verwaltung sind die häufig zur Stabilität synonym gebrauchten Begriffe der Neutralität und der Kontinuität¹⁷³⁾.

Auszuklammern sind hier neuere Vorstellungen der "Kontinuität", die diese als Auswirkung des Lebenszeitprinzips begreift (174), also als Auswirkung der Anstellungsform. Hier ist eine Differenzierung zum unkündbaren Vertragsbediensteten ohnehin nicht möglich (175).

Stabilität, Kontinuität und Neutralität unterscheiden sich in ihrer traditionellen Interpretation nur durch Nuancen: dies ist erklärlich, da diese Begriffe alle einen Bezug zur "Unabhängigkeit" haben (vgl.o. S. 51 ff.).

Der Begriff "Neutralität" hat daneben noch spezifische historische Wurzeln, die SCHEUNER so gekennzeichnet hat:

"Neutral" wurde gegen Ende der zwanziger Jahre zuerst zu einem auszeichnenden Begriff, mit dem man den Gedanken des Ausgleichs, der Nichtbindung an politische Einzelströmungen - im Sinne eines *pouvoir neutre*, wie er dem Reichspräsidenten zugeschrieben wurde - ausdrückte." (176)

Die oben beschriebenen - S. 52 f. - Bestrebungen zur Betonung dieser Neutralität dienten vor allem dazu, eine angeblich höherrangige, wesentlich metaphysische¹⁷⁷⁾ "Staatsstabilität" zu erhalten; die (Partei-)Politik "als das Werk des Bösen" war von der Verwaltung, einer "Kraft des Guten" möglichst scharf zu sondern¹⁷⁸⁾. Eine gewisse Stütze fand diese Einstellung in Art. 130 WRV .

173) aus dem unübersehbaren Schrifttum z.B. MIESSNER, Um die Sicherung des Berufsbeamtentums (1953), 87 ("Kontinuität der Staatlichkeit"); JUNKER ZBR 67,65 ("Garant der Kontinuität", "neutrale Institution"); HEYLAND, Das Berufsbeamtentum im neuen demokratischen Staat (1949), S. 54 ("hochbedeutsame Funktion eines neutralen Faktors im Staate"); FISCHBACH DVBl. 51,99,100; THIEME, Der öff. Dienst, 24 ("pouvoir intermédiaire"); in jüngster Zeit z.B. STERN, Diskussion 48.DJT, O 62 ("Neutralitätsfaktor gegenüber der partei- und gruppenpolitischen Ausrichtung des Parlaments").

174) Vgl. z.B. LEISNER, Grundlagen S. 54

175) Richtig JUNG, Zweispurigkeit, S. 173-175

176) SCHEUNER in SCHEUNER-v.MERKATZ op.cit. (N 163), S. 18
Bedenklich LEISNER, der insofern an den SCHMITT'schen Gedanken vom Berufsbeamtentum als dem "neutralen Hüter der Verfassung" anknüpft (Grundlagen, S.18 und FN 28).

"Diese These vom „neutralen“ Beamtentum war eine der zügigsten Parolen im Kampf gegen die Weimarer Republik, die einen ersten Schritt zu einer demokratischen Staatsgestaltung darstellte. Diesem Leitbild vom „neutralen Beamtentum“ war die Behauptung immanent, der bisherige Ämter- und Beamtenstaat habe gewissermaßen „unpolitisch“ und nur am Staatswohl orientiert verwaltet, während der neue Parteienstaat lediglich Sonderinteressen diene und damit den Staat untergrabe.“ (179)

In ähnlicher Weise wird das Wort "Kontinuität" meist als Erhaltung einer (eigenen) Art von "überzeitlicher" Staatlichkeit verstanden, der eine "Dynamik" gesellschaftlicher Gruppen, isbs. der politischen Parteien, entgegenstünde¹⁸⁰⁾.

Zusammenfassung:

Die traditionellen Abgrenzungskriterien der Stabilität, Neutralität und Kontinuität des Berufsbeamtentums, die nach vereinzelt vertretener Ansicht sogar die einzigen sein sollen, die dem Berufsbeamtentum Eigenwert verleihen¹⁸¹⁾, erweisen sich als ungeeignet:

Bei der herkömmlichen Interpretation wird die veränderte Stellung der Verwaltung im Führungskreislauf des Grundgesetzes nicht beachtet; eine Einordnung in diese Verfassungsordnung wird nicht einmal angestrebt. Der Verwaltung oder einem ihrer institutionellen Teile kommt es nicht zu, unabhängig von der demokratischen Entscheidung der Mehrheit¹⁸²⁾ einen davon getrennten "staatlichen"

177) Wenn LEISNER - als Gegner der "Romantisierung" - diese Tendenz (,die er durch ein Zitat von HEYLAND, - N 173, S. 32 "metaphysisches Band" - streift,) quasi als Modeerscheinung begreift (Grundlagen S. 16), übersieht er m.E. die Durchgängigkeit der mytologischen Schule. Auch JUNG kommt trotz seines harmonisierenden Ansatzes bisweilen an einer scharfen Kritik der "nicht selten sogar intolerante(n) Beweisführung der Eignung des Berufsbeamtentums" nicht vorbei (Zweispurigkeit, 168 m.N.), muß dieser Strömung also eine gewisse Aufmerksamkeit zollen.

178) MORSTEIN MARX, Einführung in die Bürokratie, S. 176 f.

179) MENZEL, Parteienstaat und Beamtentum DÖV 70, 439

180) Vgl. N 173; JUNKER ebda.: "Jede einzelne Institution, die nicht dem parteipolitischen Kräftespiel verfügbar ist, sich ihm zu entziehen trachtet, stellt allein schon dieser Qualität einen hervorragenden staatlichen Integrationsfaktor dar."

Bereich zu konstituieren, der wesentlich von der Abwehr politischer Einflüsse, der Überwindung des Pluralismus und einer diesen "korrigierenden" Gemeinwohlvorstellung geprägt ist. Wird die Rückbindung der Verwaltung an die legitimierten Interessen zugunsten einer jeweils beliebig behauptbaren "höheren Einheit" oder "Neutralität" aufgegeben, wird aus abhängiger Verwaltung¹⁸³⁾ Herrschaft einer "Vierten Gewalt" ¹⁸⁴⁾.

Der Verfasser wird im IV. Kapitel versuchen, einen Gegenentwurf zu dieser traditionellen Auffassung zu liefern. Einer "Politisierung" der Verwaltung kann schon deshalb nicht das Wort geredet werden, weil Verwaltung politisch ist und auch sein muß (185). Das Problem kann nur in einer besseren Anbindung der Verwaltung an die Staatszielbestimmungen des GG liegen. Abzulehnen ist m.E. unbedingt die undifferenzierte Übernahme von Begriffen, die wegen ihres "hergebrachten" Inhalts nicht mehr in Frage gestellt werden. Umso bedenklicher wird dies, wenn diese Übernahme im Zeichen der Reform geschieht (186).

-
- 181) So JUNCKER, Ist die Institution des Berufsbeamtentums durch die Rechtsentwicklung gefährdet ? ZBR 67,65
- 182) Mit Recht betont LEISNER (Grundlagen, S. 17 f.) die Bedeutung der "demokratischen Mehrheitsordnung" im Rahmen der Verfassung; daß "ihr Vollzieher" (auch) der Beamte ist, ist nicht zu bestreiten. Ein zwingender, die Sonderstellung des Berufsbeamtentums innerhalb der Verwaltung begründender, Schluß ist hieraus jedoch nicht zu ziehen.
- 183) Dazu ausführlich oben S. 14 ff.
- 184) HUBER, Die Verwaltung als "Vierte Gewalt"? In: Jahrbuch der Neuen Helvetischen Gesellschaft, Bern 1967, 247 ff. Eindringlich weist LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, auf die Gefahren des "Verwaltungsstaates" hin, vgl. isbs. p. 130 ff. m.N.
- 185) Dies wurde bereits oben (S. 20 ff.) dargelegt.
- 186) Vgl. die Rede am 19.7.1970 von HARTKOPF, Zur Reform des öffentlichen Dienstes, in: BMI Dokumentation 17/70, S. 8 : "So gesehen ist der öffentliche Dienst daher auch heute noch als ein Funktionsträger besonderer Art anzusehen: seine spezifischen Aufgaben stehen unter den vom Allgemeininteresse für das staatliche Handeln schlechthin (? Verf.) geforderten Grundsätzen der Kontinuität, Stabilität, Neutralität, Sachkunde." Daß " alle Ausübung von Staatsgewalt durch hohen Sachverstand legitimiert werden müsse", ist in einer demokratischen Verfassungsordnung wohl undenkbar (Richtig LEISNER, Mitbestimmung, S. 19 f.).

IV. AMT

Ein weiteres, auch traditionell bevorzugtes Abgrenzungskriterium für die besondere Stellung des Beamtentums innerhalb der Verwaltung ist das "Amt". Ein solcher Abgrenzungsversuch erscheint auch wegen der engen Verwandtschaft der Worte "Amt" und "Beamter" erfolgsversprechend¹⁸⁷⁾.

Das Grundgesetz verwendet den Begriff recht häufig, allerdings in den verschiedensten Zusammenhängen (vgl. Art. 33, II + III, 34, 48, II, 54, II, 64, II, 69, II, 75, II, 97, II GG). Hieraus ist kein einheitlicher Beamten -"Amts"-begriff zu entwickeln. Die Tatsache dieser breiten Verwendung deutet jedoch auf zweierlei hin:

(1) 188)

Abgesehen von den Fällen, in denen mit "Amt" die Behörde selbst gemeint ist ("Bundeskanzleramt" etc.), gehört der Begriff "Amt" in den Komplex der internen Ordnungsvorstellungen eines Systems (oder auch einer "Organisation").

Für die öffentliche Verwaltung geht es hierbei auch noch um die vom Grundgesetz verlangte organisatorische Trennung von legitimen und illegitimen Bedürfnissen; schon aus historischen Gründen sind hierbei die "Privatinteressen"¹⁸⁹⁾ besonders scharf zu sondern.

Angesprochen ist also der Bereich, der im soziologischen und verwaltungswissenschaftlichen Schrifttum mit "Rolle", "Stelle", "Dienstposten" oder ähnlich bezeichnet wird (190).

(2)

Soll in diesem Bereich eine normative Aussage über das Amt des Beamten getroffen werden, muß diese spezielle Bereiche des Sachverhalts hervorheben; sie kann sich nicht auf die angedeutete Trennung von legitimen und illegitimen Interessen

187) Hingegen ist der Begriff "Verwalter" schon im GRIMM-schen Wörterbuch auf Beamte und Angestellte bezogen, vgl. oben S. 15 N 7

188) Vgl. zum Folgenden: LUHMANN, Funktionen und Folgen formaler Organisationen (1964), 82 ff; MAYNTZ, Soziologie der Organisation (1969); ALBROW, Bürokratie, 48 ff.; LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, 55 ff.; RAISER ZRP 73, 13 ff.; MENZEL DÖV 69, 513 ff.

beschränken. Denn diese Trennung ist für die gesamte "vollziehende Gewalt" charakteristisch (Art. 20,III GG) 191).

Traditionelle Besonderheiten :

Als interne Ordnungsvorstellung ist das Amt des Beamten mit der Hierarchie der Ämter verbunden.

Diese in Deutschland zuerst durch Max WEBER wissenschaftlich abgesicherte Theorie wird uns unter VI eigens beschäftigen. 192)

Teilweise wird versucht, auf die unterschiedliche Tätigkeit von Beamten und Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst abzustellen und von daher einen besonderen Amtsbegriff zu entwickeln.

Die Unmöglichkeit, aus einem solchen Ansatz heraus eine typisierende oder gar kategoriale Unterscheidung zu treffen, hat BENZ überzeugend nachgewiesen (193). In der Ausübung der "Amtsgeschäfte" (vgl. Art. 34 GG) ist die Tätigkeit des Arbeitnehmers im öffentlichen Dienst mit der des Beamten gleichzuachten (BVerfGE 9, 268,284). 194)

Von größerer Bedeutung sind die Deutungsversuche, die von einer (mehr institutionell aufgefaßten) "Eigenwertigkeit" des Amtes ausgehen. Paradigmatisch ist die Definition KÖTTGENs: das Amt sei

" ein anvertrauter Wertkomplex, der als solcher einen sachlichen Eigenwert repräsentierend der Welt des Politischen in spezifischer Spannung verbunden ist". Die Besonderheit (KÖTTGEN spricht wiederum vom "Eigenwert") des Beamtentums gründe sich nach dem Willen des GG "allein auf den Eigenwert der ihm anvertrauten Sachen"(195).

- 189) ISENSEE verwendet hier den m.E. zu weiten Begriff der "Ausschaltung eigennütziger Motive" (Beamtenstreik, 46). Auch ein absolut pflichttreuer Beamter kann bei seiner Amtsführung eigennützige "Motive" (z.B. eine Beförderung) verfolgen.bzw. im Auge behalten.
- 190) Max WEBER verwendete den Begriff "Amt" sowohl im öffentlichen wie im privatwirtschaftlichen Bereich (Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1956, S. 124 ff.).
- 191) Vgl. bereits oben, S. 17 ff.
- 192) Am klarsten entwickelt in:Wirtschaft und Gesellschaft Vgl. dazu ausführlich ALBROW, Bürokratie, S. 45 ff.
- 193) BENZ, Beamtenverhältnis, 22 ff.m.N; vgl.o. S. 32 und das dortige Zitat von SCHICK

KÖTTGEN (und mit ihm die früher herrschende Meinung) kommt damit allerdings in ein kaum lösbares Dilemma: wird das Amt mit Eigenwert behaftet und "verselbständigt", kann dem Beamten nicht ein Recht am Amt zukommen. Diese Folgerung zieht auch das BVerfG¹⁹⁶⁾. Übt der Beamte also kein Amt aus, bleibt er zwar Beamter, verliert aber gerade das, was laut KÖTTGEN seinen "Eigenwert" in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes ausmachen soll¹⁹⁷⁾.

Historisch ist jedoch die "Verselbständigung" des Amtes nicht zu begründen: aus der Wechselbeziehung zwischen Status und Funktion erhellt ja gerade der traditionelle Charakter des Beamtenverhältnisses¹⁹⁸⁾. Die Übertragung einer Funktion (eines Amtes) ist nicht nur Zweck¹⁹⁹⁾ der Begründung des Beamtenverhältnisses - sie sollte auch Rechtfertigung für den bereits frühzeitig (verfassungs)-rechtlich verbrieften Status sein²⁰⁰⁾.

-
- 194) Das BVerfG erwähnt im Zusammenhang mit Art. 33 IV+V GG zwar nur die Tätigkeit des hoheitlich handelnden Angestellten, die der des Beamten "allerdings gleichzuachten" sei; es ergibt sich dann aber von selbst, daß die nach hM weniger beamtenspezifischen Tätigkeiten (z.B. in der "Leistungsverwaltung") erst recht keine Unterscheidung begründen können.
- 195) KÖTTGEN, Grundgesetz und Beamtenrecht, S. 235 f.
- 196) BVerfGE 8, 332, 344 mit zahlreichen Nachweisen der hM in der Weimarer Zeit; vgl. ferner KÖTTGEN selbst, Das deutsche Berufsbeamtentum (S.137f.), der jedoch nur von "geltendem Recht" spricht.
- 197) Insofern konsequent die Mindermeinung, z.B. O. MAYER, Dt. Verwaltungsrecht II, 3.Aufl. 1924, die eine Beurteilung des Beamten wider Willen für unzulässig hielt.
- 198) Vgl. MORSTEIN MARX, Dilemma (1965), S. 75 ff. und DERS. Gegenwartsaufgaben der öffentlichen Verwaltung (1968), S.3: dort wird zutreffend auf den (auch historischen) Sinn der Verwaltung als eines "auf Beauftragung beruhenden - und insoweit von dieser abhängige(n) - zweckgerichtete(n) Tun(s)" hingewiesen.
- 199) In dieser Weise einschränkend: MERK, Deutsches Verwaltungsrecht I (1962), S. 555
- 200) Ausführlich dazu MORSTEIN MARX, Dilemma, S. 75 ff.

Will man keinen - je nach konkreter Aufgabe - zersplitterten Amtsbegriff, sondern einen für das Beamtenverhältnis einheitlichen, bieten sich nur noch "extreme" Lösungen an:

Einmal kann man das Amt im Rahmen eines formalen Gesamtsystems als "Stelle", d.h. als inhaltsleere Ordnungsvorstellung begreifen. Der dieser Vorstellung zukommende "Eigenwert" liegt dann (allein) in der Ermöglichung struktureller Elastizität (201). Ein derartig formalisierter Amtsbegriff hat begreiflicherweise kaum Anhänger in der Beamtenliteratur. In der Verwaltungsrealität erkennen wir ihn in der "Planstelle" wieder.

Andererseits kann man im Amt auch den reinen, idealen, von jeder Realität abstrahierten Gedanken sehen (202); damit wird Amt zum unbestimmbaren (oder beliebig bestimmbaren) Begriff. In dieser Beliebigkeit treffen sich beide Auffassungen.

Weil "Amt" aber, wenn es zur Kennzeichnung der besonderen verfassungsrechtlichen Stellung des Beamtentums verwendet werden soll, weder ein Kennzeichen der gesamten öffentlichen Verwaltung sein darf (vgl. S. 63 f.) noch beliebig sein kann, wird der Begriff unter Umgehung der aufgezeigten Schwierigkeiten von der hm²⁰³⁾ "rematerialisiert". Das Beamtenverhältnis und seine institutionelle Absicherung wird nicht durch das Amt erklärt, vielmehr wird umgekehrt der Amtsbe-
griff durch das - als spezifisch vorausgesetzte - Beamtenverhältnis erläutert. Als selbständiges Abgrenzungskriterium für die besondere Stellung des Berufsbeamtentums innerhalb der Verwaltung kann deshalb das Amt nicht in Frage kommen.²⁰⁴⁾

Dies soll anhand der folgenden Beispiele verdeutlicht werden.

201) LUHMANN, Funktionen und Folgen (N 188), S. 141ff.

202) So KRÜGER, Allgemeine Staatslehre (1964) S. 253 ff.

203) Vgl. Nachweise auf den folgenden Seiten u. ISENSEE N 204

204) Zweifelnd auch LEISNER, Grundlagen, 22: "...müßte doch geprüft werden, ob denn die Beamtenschaft so vollständig durch diesen "Amtsbegriff" konstituiert wird". Hingegen geht ISENSEE ohne nähere Prüfung von einem besonderen Beamten-Amtsbegriff aus (Beamtenstreik, 47): "Im Beamtenrecht muß unterschieden werden zwischen - der außerdienstlichen Privatsphäre - dem eigentlichen Dienst....(Dienstverhältnis) - und dem Amt...(Amtswalterverhältnis)".

Wenn man die Terminologie einmal beiseite läßt, muß diese Trennung wohl genauso für den Vertragsbediensteten gelten, vgl. S. 67

Als Ausgangspunkt mögen die folgenden Äußerungen von QUARITSCH dienen:

"Selbständigkeit und Überlegenheit des Staates gegenüber den gesellschaftlichen Bereichen lassen sich nur durch Amtsträger verwirklichen, die vor Loyalitätskonflikten bewahrt bleiben, die also in ihrer Amtstätigkeit ausschließlich das jeweilige Handlungsprogramm des Staates zugrundelegen und deren in.. gesellschaftlichen Teilsystem(en) beheimatete... Interessen ins Private abgedrängt oder auf ein unschädliches Maß reduziert werden." (205)

Abgesehen von dem diesen Ausführungen zugrundeliegendem Staatsverständnis, das an anderer Stelle mit vehementer Militanz vorgetragen wird (206) geht aus ihnen hervor, daß QUARITSCH offenbar legitime von illegitimen Bedürfnissen sondern will. Erstere sind in der Tat "Handlungsprogramm" der Verwaltung. Diese Sonderung ist - wie bereits dargelegt (207) - verwaltungsspezifisch und nicht beamtenspezifisch.

Wäre man anderer Meinung und rechnete folglich die Arbeitnehmer in der öffentlichen Verwaltung nicht zu diesen "Amtsträgern", könnte das Pfründenwesen bei den Arbeitnehmern in der öffentlichen Verwaltung fröhliche Urstände feiern.²⁰⁸⁾

Im Gegensatz zu anderen Autoren erkennt QUARITSCH auch nicht die Konsequenz einer solchen Auffassung der Begriffe Amt, Amtsträger oder Amtstätigkeit: die Sonderstellung der Beamten kann hieraus nicht abgeleitet werden. Positiv formuliert: "Das einheitliche Dienstrecht begegnet keinen prinzipiellen Bedenken, wenn die im Beamtenrecht weitgehend konkretisierten Sicherungen der Staatstätigkeit erhalten bleiben" (209).

Gegen diese Konsequenz wehrt sich jedoch die Masse der Autoren - vor allen Dingen deshalb, weil hierdurch ein "beamtenspezifisches" Argument für das Streikverbot der Beamten

- 205) QUARITSCH, Referat 48. DJT, O 37; Hervorhebung im Text
206) QUARITSCH, aaO, O 36; vgl. bereits oben S. 43(und N 68).
207) Oben S. 17 ff. und S. 63f.
208) Zur Gleichstellung der Beamten und Vertragsbediensteten in diesem Bereich JUNG, Zweispurigkeit, 166 m.N.
209) Fraglich bleibt natürlich, welche Anforderungen an die "Sicherungen der Staatstätigkeit" zu stellen wären; wenn hier kurzerhand das Streikverbot der Beamten verallgemeinert würde (als quasi dem "Amt" immanent), erwiese sich die positive Formulierung von QUARITSCH als verdecktes "Argument" einer allgemeinen Verbeamtung im öffentlichen Dienst. Dazu unten V.Kapitel, I, 3 c.

hinfällig wird²¹⁰⁾. Der Begriff wird deshalb "aufgefüllt", - in Wahrheit ersetzt - durch angebliche oder tatsächliche (andere) Beamtenspezifika.

Hier sind u.a. zu nennen: das "öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnis" (also nach hM das Beamtenverhältnis!) (211) ; die Betonung des Pflichtgedankens als Ausfluß des Amtes (tatsächlich aber des Beamtenverhältnisses als eines sog. besonderen Gewaltverhältnisses) (212); die Bestimmung des "Amtes" vom Gemeinwohl her (213) - also die Beamtenpflichten, vgl. §§ 35,36 BRRG.

Auf den Amtsbegriff der mythologischen Schule ist hier nicht näher einzugehen²¹⁴⁾; seine Tendenz liegt darin, sich durch außerrechtliche Vergleiche auf eine Stufe totaler persönlicher Hingabe zu erhöhen²¹⁵⁾. Insoweit ist dieser Begriff zwar "traditionell" - also wegen Art. 33 Abs. 5 nicht aus dem Auge zu verlieren -, aber nur als durchgängige Strömung zu registrieren. Von verfassungsrechtlicher Bedeutung sind eher die Auswirkungen der mythologischen Schule im Bereich der Repräsentation und der Elitenvorstellungen, die nun - S. 70 ff. - zu behandeln sind.

-
- 210) Nur deshalb kann ISENSEE zu einer Qualifizierung des Beamtenstreiks als "Amtsmißbrauch durch Unterlassen" kommen (Beamtenstreik, S. 47). Die von ihm kategorisch geforderte Unterscheidung ("muß") zwischen Dienst- und Amtsverhältnis hält einer näheren Überprüfung nicht stand; vgl. u. V. Kapitel, I 3 c .
- 211) HEYLAND, Berufsbeamtentum (N 173), S. 43 ff.; HESSE, Grundzüge, 3. Aufl. S. 201
- 212) v. MÜNCH, Besonderes Gewaltverhältnis, Arbeitsverhältnis und Beamtentum, ZBR 59, 209, 211; auf diesen beruft sich THIEME, Aufgabenbereich, S. 26
- 213) z.B. ULE, Beamtenrecht im Wandel deutscher Staatlichkeit DVBl. 63, 1, 8; THIEME, Der öffentliche Dienst, S. 19 m.N.
- 214) Antikritik hierzu bei LEISNER, Grundlagen S. 21 ff. Allerdings kritisiert LEISNER die Kritik einseitig nur unter dem Blickwinkel der teilweise behaupteten ständestaatlichen Überreste des Beamtentums. Diese Antikritik ist schon deshalb zutreffend, weil das Beamtentum verschiedenen Klassen angehört (oben S. 33 ff.), wie auch LEISNER bemerkt (aaO S. 24). Damit ist jedoch der Beamten-Amtsbegriff nicht wiederhergestellt. Obwohl LEISNER dies der Kritik anlastet, ist wohl allgemein zu fragen, "ob sich denn seither nicht eine "neue" Legitimation des Beamtentums entwickelt habe" (aaO S. 24). Diese "neue" Legitimation steht jedoch unter dem Vorbehalt des Art. 33 Abs. 5 GG (hierzu IV. Kapitel, I, II).

Zusammenfassung:

Das "Amt" ist kein geeignetes Abgrenzungskriterium für die besondere Stellung des Berufsbeamtentums innerhalb der Verwaltung. Die traditionellen Deutungsversuche führen entweder zu einer idealistischen Überhöhung und Heraushebung aus der Verfassungsordnung (vgl. 215), oder sie sind schlecht verhüllte Begriffsagglomerationen anderer Beamtenspezifika.²¹⁶⁾

Eine rationalere Betrachtungsweise dieses vieldeutigen Begriffs (217) könnte eventuell zu der Entwicklung eines verwaltungsspezifischen Teelinhalts führen. Die bisherigen Ansätze legen jedoch die Vermutung nahe, daß es sich um einen (unselbständigen) Hilfsbegriff handelt, der - soweit er juristisch relevant ist - auch mit anderen Begriffen erfaßt werden kann (218).

-
- 215) Besonders häufig findet sich der Vergleich zur (katholischen) Kirche. Vgl. KÖTTGEN, Das deutsche Berufsbeamtentum, S. 274 f. (Dort zieht KÖTTGEN sogar eine Parallele zum Grundsatz des Zölibats), und WACKE, Zur Neugestaltung des Beamtenrechts AÖR 76, 385, 413; diese religiöse Überhöhung ist (zumindest in der "konfessionalen" Ausrichtung) nicht ohne weiteres auf Max WEBER zurückzuführen, wie dies LEISNER (Grundlagen, 23) offenbar annimmt. FISCHBACH (DVBl. 51, 99, 102) will die Erziehung zum "absoluten Pflichtmenschen"; MERK aaO (N 199), S. 588 sieht sich "an das alte Gefolgschafts- und Vasallenverhältnis erinnert". Dazu sehr gut MALZ, Das Beamtenverhältnis als besonderes Gewaltverhältnis, ZBR 64, 97 ff. Vgl. auch WYLUDE, Lehnrecht und Beamtentum (Berlin 1969).
- 216) vgl. S. 67 f. und N 211-213
- 217) Versuche, Zusammenstellungen und Nachweise (u.a.) bei HAGEMANN, Zum Begriff des Amtes im Beamtenrecht, ZBR 60, 137; BENZ, Beamtenverhältnis S. 22 ff; KUBIN, Arbeits-, Dienstposten-, Leistungs- und Verhaltensbewertungen in öffentlichen Verwaltungen (1967), S. 26 ff; Vgl. außerdem die einschlägigen Nachweise bei MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, HAMANN-LENZ, v. MANGOLDT-KLEIN (alle zu Art. 34 GG) und ISENSEE, Beamtenstreik S. 47, FN 4 ff.
- 218) Dies betrifft insbs. die schon mehrfach angesprochene und verfassungsrechtlich vorgeschriebene Trennung legitimer und illegitimer Bedürfnisse, die für alle Angehörigen der öffentlichen Verwaltung gilt. Ferner ist nicht zu sehen, inwieweit "Amtsführung" und "Verwaltungshandeln" (S. 25 ff.) mit verschiedener Elle gemessen werden könnten.

V. REPRÄSENTATION - ELITE

Das Beamtentum soll sich nach verschiedentlich vertretenen Theorien der Weimarer Zeit durch seine Organqualität und seine Repräsentanteneigenschaft aus der übrigen Verwaltung herausheben. BENZ hat bei seiner Beschreibung der Nutzbar-
machung solcher Theorien für das Beamtentum zutreffend auf das republikanische Trauma und auf das damalige politische Eigeninteresse der Beamtenschaft hingewiesen; letzteres kann sowohl nach 1918 als auch nach 1945 als Widerstand gegen eine Vereinheitlichung des öffentlichen Dienstrechts erfaßt werden²¹⁹⁾.

Zwar weiß heute die Literatur mit diesem traditionellen Begriff nicht mehr recht viel anzufangen (220); auch der praktische Einfluß der Repräsentationsidee hat merklich nachgelassen (221): jedoch ist der Repräsentationsbegriff wie kaum ein anderer geeignet, Verbindungen zu anderen traditionellen Merkmalen der juristischen Erfassung des Beamtentums aufzuzeigen und auch den Einfluß eines angeblich einheitlichen "Standesbewußtseins" zu verdeutlichen (vgl. oben S. 34 f.). Aus diesen Verbindungen und Überlagerungen heraus rechtfertigt sich m.E. die erneute Behandlung dieses Problemkreises, obwohl der Gesamtwürdigung von BENZ, daß nämlich "die Übertragung irgendeiner Repräsentationsfunktion auf das Berufsbeamtentum nicht zu überzeugen (vermag)" (222), nichts hinzuzufügen wäre.

Diese - wohl als herrschend zu bezeichnende Meinung²²³⁾ - geht wohl auf GREWE zurück, der bereits auf dem 39. DJT in Stuttgart 1951 die Lehre vom repräsentativen Charakter des Berufsbeamtentums als "Krücke" bezeichnet hat. Diese Lehre stelle im Grunde einen Versuch dar, "die in den Zeiten der Monarchie errungene und in den Zeiten des Konstitutionalismus im einzelnen ausgebaute Position des Beamtentums mit einer gedanklichen Hilfskonstruktion in ein demokratisches Zeitalter hinüberzuretten" (224).

- 219) BENZ, Beamtenverhältnis und Arbeitsverhältnis, S. 3 ff; vgl. ausführlich SÖRGEL, Konsensus und Interessen (1969) S. 120 ff.
- 220) Vgl. ISENSEE, Beamtenstreik, S. 49 m.N.; BENZ aaO m.N.; unentschlossen JUNG, Zweispurigkeit (S. 168), der nur Beamten und Angestellten gemeinsam "eine Repräsentationsmächtigkeit bestimmter Werte" einzuräumen bereit ist (so auch THIEME, Der öffentliche Dienst, S. 26 f.m.N.), sich jedoch im Hinblick auf LEIBHOLZ (vgl. S. 71) dazu nicht recht entschließen kann.

(1) Ablehnung demokratischer Gleichheitsvorstellungen

Die Verbindung zwischen Repräsentation und Elite ist von LEIBHOLZ ausführlich dargelegt worden. Einer Übernahme seiner Theorie - die hier im einzelnen nicht kritisch gewürdigt werden kann - in das Beamtenrecht hat sich LEIBHOLZ jedoch stets unter Hinweis auf die mangelnde Selbständigkeit und die fehlende direkt-demokratische Legitimation der Beamten widersetzt²²⁵⁾. Für die Herstellung unseres Zusammenhanges (S. 70) ist jedoch folgendes Zitat von Bedeutung:

"Der politische Repräsentant ist zum mindesten der Idee nach eine besonders qualifizierte Persönlichkeit, "Führer" im eigentlichen Sinne des Wortes, der nicht nur eine - heute meist inhaltlich begrenzte - Staatstätigkeit zu erfüllen, sondern sich als "Führer der von ihm Geführten" (SMEND) zu bewähren und selbst seinerseits belebend auf die Gemeinschaft zurückzuwirken hat. Repräsentation und Elite sind hiernach aufs engste zueinander gehörende Begriffe" (226).

Dieses Elitebewußtsein hat deutliche Spuren im Schrifttum hinterlassen; im Hinblick auf die immer wieder behauptete "gemeinsame" "Beamtenloyalität"²²⁷⁾, das gemeinsame Ethos²²⁸⁾

221) Vgl. FRIEDRICH in Loccumer Protokolle 3/69, S. 33 f. u. DERS.: Staatliche Verwaltung und Wissenschaft. Nach dieser Befragung bekannten sich (nur) 1/5 der befragten Ministerialbeamten zu dem Bild als Repräsentanten der Staatsidee; unter diesen aber ca. 3/4 Juristen.

222) BENZ, Beamtenverhältnis, S. 22

223) GREWE, Referat auf dem 39. DJT, Verhandlungen des 39. DJT in Stuttgart 1951 (Tübingen 1952), Teil D, 6 ff., 8 BENZ aaO; ISENSEE aaO (N 220); THIEME und JUNG (aaO N 220) behaupten jedenfalls nicht die Existenz einer beamtenspezifischen Repräsentation; zur früher verbreiteten Gegenansicht Nachweise bei allen zitierten Autoren und N 227 ff.

224) GREWE aaO (N 223).

225) LEIBHOLZ, Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert (3. Auflage Berlin 1966), S. 39, S. 138 FN 3, S. 140 ff.

226) LEIBHOLZ, op. cit. S. 166

227) KIRCHHOFF, Diss., S. 95; ablehnend JUNG, Zweispurigkeit, S. 167 f.

228) BOCHALLI, Grundriss S. 45; zweifelnd LEISNER, Grundlagen S. 27 f., der allerdings den Vorbildcharakter "des" Berufsbeamtentums nicht in Zweifel zieht. Dies muß aber schon deshalb fraglich sein, weil die traditionelle Leitbilderhebung nur von einem Teil der Beamtschaft (dem Oberbeamtentum) getragen wird. Ein neues Leitbild begegnet erheblichen Schwierigkeiten, vgl. V. Kapitel, II, 1 b.

die "besondere Berufsgesinnung"²²⁹⁾ der Beamten, oder gar die "zur Einheit zusammenschweißende Dienstzucht"²³⁰⁾ bleibt der Hinweis darauf, daß der "Beamtenstand" verschiedenen Schichten angehört, wichtig²³¹⁾. Die traditionelle Repräsentationstheorie bezieht sich denn auch explizit oder implizit²³²⁾ nur auf das Oberbeamtentum; der Verdacht liegt nahe, daß mit der Idee der Repräsentation der Herrschafts - anspruch des Oberbeamtentums fundiert werden sollte.

Dies wird besonders deutlich bei den Vertretern der mythologischen Schule: NEEBE sieht - unter Berufung auf SPENGLER noch 1955 "das Ziel der Züchtung" in einer "Schicht von Befehlshabern ersten Ranges"; er fordert weiter, daß die jungen Beamten in sich den "herrenmäßigen Typus" des leitenden Beamten verkörpern müßten (233).

Diese Ablehnung von Gleichheitsprinzipien, deren Verwirklichung zunächst die Republik, dann der Sozialstaat demokratischer Prägung anstrebte, führt zu unerfreulichen Resultaten:

"In den meisten Fällen ist das Ergebnis, daß das Oberbeamtentum Kastenzüge annimmt und Klassenvorurteile zur Schau trägt" (MORSTEIN MARX) (234).

229) BOCHALLI aaO (N 228); vgl. auch PETERS, Das Berufsbeamtentum in der BRD, Deutsche Landesreferate zum IV. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Paris 1954 (Düsseldorf 1955), S. 307 ff., 309

230) NEEBE, Staatsdienst und Staatsschicksal (1955), 104 ff. HEYLAND, Berufsbeamtentum (1949), S. 114

231) vgl. oben S. 34 f. Aus dieser Tatsache folgt, daß die "zur Einheit zusammenschweißende Dienstzucht" (HEYLAND aaO) keine demokratischen Wurzeln haben kann.

232) Die vom Schrifttum gewählten Beispiele der "repräsentierenden" Beamten betreffen z.B. niemals den untergeordneten Beamten mit Publikumsbezug (z.B. Briefträger); dergleichen fehlt die Unterrichtstätigkeit. Das Unbehagen der rationalen Richtung (z.B. ISENSEE, Beamtenstreik, S. 49) an der Repräsentationstheorie dürfte m.E. auch von dieser einseitigen Überbetonung des "leitenden" (Stabs-)Beamten herrühren; vgl. JUNG, Zweispurigkeit S. 167 f.

233) NEEBE, Staatsdienst und Staatsschicksal, S. 104/5

234) MORSTEIN MARX, Dilemma, S. 146

(2) Ablehnung demokratischer Ordnungsvorstellungen des GG

Von den Vertretern der Repräsentationstheorie traditioneller Prägung werden die Ordnungsvorstellungen des GG - zunächst im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Stellung des Bundespräsidenten - abgelehnt.

Das Abrücken von der dualistischen Konstruktion der Weimarer Republik²³⁵⁾, und der daraus resultierende demokratisch-politisch bestimmte Führungskreislauf des GG²³⁶⁾ erweisen sich sowohl für die traditionellen Neutralitätsvorstellungen²³⁷⁾ als auch für die angeblich repräsentative Funktion der Berufsbeamten als hinderlich. Die daraus resultierende "Heimatlosigkeit"²³⁸⁾ soll durch eine Institution überwunden werden, die "Kontinuität sichert"²³⁹⁾ und den verlorengegangenen personalen Bezug wieder herstellt. Die bedauerte "Entkleidung von allen staatstragenden Ideologien"²⁴⁰⁾ wird nach diesem Verständnis nicht durch das "Anwachsen der in der Verwaltung zu treffenden Entscheidungen" kompensiert²⁴¹⁾. Gefordert wird vielmehr, daß der Bundespräsident, dem die Schöpfer des GG "aus mißverstandenen Erfahrungen in der Weimarer Republik" eine zu schwache Stellung zugewiesen hätten²⁴²⁾, "ruhender Pol" werde²⁴³⁾. Von dort aus müsse

235) Vgl. KIMMINICH, Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 329 ff., 498 ff.; SCHEUNER, Das Amt des Bundespräsidenten als Aufgabe verfassungsrechtlicher Gestaltung (1966).

236) Vgl. oben S. 17 ff.

237) Wie bereits oben (S. 50 - 62) ausführlich dargelegt.

238) NEEBE, Staatsdienst und Staatsschicksal (S. 106) meint, daß das Beamtentum "unzweifelhaft aus seinen traditionellen Bindungen heraus weder in der Weimarer Republik noch im nationalsozialistischen Reiche ganz heimisch geworden" sei. Die Unterbewertung solcher "Jeremiaden" (ISENSEE, Beamtenstreik S. 49) ist freilich kein Mittel, um das Spannungsverhältnis zwischen Demokratie und traditioneller Beamtenlegitimation in den Griff zu bekommen.

239) RÖBLER in LOSCHOLDER-RÖBLER (N 165), der sich in diesem Zusammenhang auf ein "gesundes Nationalgefühl" bezieht (S. 88). Vgl. hierzu bereits oben S. 57 f.

240) SIBURG, Aspekte der gegenwärtigen Situation des Berufsbeamtentums ZBR 67, 289, 295; mit zutreffender Analyse.

241) vgl. die Analyse von SIBURG aaO

242) So RÖBLER aaO S. 88

243) WEBER in WEBER-NEEBE-BARING aaO (N 159), S. 40 f.

ein Bereich ausgebildet werden,

" in dem die Repräsentation des politischen Ganzen einwandfrei zur Darstellung gelangt. An ihn ist auch das Beamtentum anzulehnen" (244).

Was zunächst nur als Kritik an der verfassungsrechtlichen Stellung des Bundespräsidenten erscheint, offenbart sich als durchgängiger Versuch²⁴⁵⁾, die Stellung des Berufsbeamtentums unabhängig von der Verfassungsordnung als Reservat "höherer Einheit des Staates"²⁴⁶⁾ zu bestimmen.

Aus dem Repräsentationsgedanken entwickelt sich somit die Ablehnung dessen, was die Verfassung vorschreibt: daß nämlich die Verwaltung insgesamt ihre Führungs- (Arbeits-) Impulse aus dem demokratischen (politischen) Bereich zu beziehen hat²⁴⁷⁾. Hier ist in der Tat eine "vordemokratische" oder "ademokratische" Tradition vorhanden²⁴⁸⁾; wer solche Wertungen²⁴⁹⁾ abschätzig als "Killer-Phrasen"²⁵⁰⁾ bezeichnet oder verharmlosend davon spricht, daß verwirklichte Institutionen auf dem Wege durch die Geschichte immer Staub

244) WEBER ebda., S. 41

245) Vgl. hierzu die Ausführungen über Stabilität, Kontinuität und Neutralität (o. S. 50 - 62), die in der Kritik am Repräsentationsgedanken ihre Ergänzung finden. Der Zusammenhang zur "organischen Staatslehre" kann hier nur angedeutet werden; vgl. KIMMINICH, Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 331 ff. m.N.

246) v. MERKATZ in SCHEUNER-v.MERKATZ (N 163), S.65, der ferner meint, daß sich in der Berufsehre die Ethik "des Staates" widerspiegele, die auf seine "dem Ganzen verpflichteten" Diener zurückwirke.

247) Dazu ausführlich oben S. 17 - 31

248) Bereits MOSCA (1858 - 1941) verwendete in seiner Theorie der herrschenden Klasse (Elementi di scienza politica; deutsch: Die herrschende Klasse, Bern 1950) im Zusammenhang mit der Bürokratie den Begriff ademokratisch ("ademocratico"); hierzu ALBROW, Bürokratie, S. 35 ff., 58. Vgl. auch dort die Ausführungen über Max WEBERs Bürokratiebegriff. Zur ademokratischen Rechtfertigung des Beamtentums durch die Staatslehre vgl. KIMMINICH, op.cit. S. 330 ff. m.N.

249) Wertungsmaßstab ist die demokratische Ordnung des GG.

250) So QUARITSCH, Referat 48. DJT, S. 0 35

aufnehmen,²⁵¹⁾ verzichtet auf eine genauere Analyse dieser einflußreichen Strömung, die bis heute eine demokratische Legitimation des Berufsbeamtentums hat verhindern können²⁵²⁾. Nur auf dem Hintergrund einer solchen Tradition ist folgendes Zitat von NEEBE denkbar:

" Die klare und schon deswegen gute Polarität von Staat und Gesellschaft...ist heute im Verschwinden. (.....) Der Staatsdiener braucht einen Staatsherrn, er bedarf der Realität eines Dienstherrn, nicht eines formaljuristischen Bezugsbegriffs, nicht einer Fiktion, und schon gar nicht einer juristischen Staatsperson. (...) Der König oder Großherzog vor 1918, der Reichspräsident in der Weimarer Republik, ja sogar, rechtverstanden, der "Führer und Reichskanzler" nach 1934: das waren Wirklichkeiten, den meisten von uns heute überholt, absonderlich oder verhaßt erscheinend, doch unbestreitbar dem Beamtentum Halt und Kraft gebend, viel mehr, als dies Begrifflichkeiten, Gesetze, Lehren, Parolen vermögen." (253)

Im Hinblick auf dieses Staatsverständnis kann KIMMINICH nur zugestimmt werden, wenn er meint, daß hier die eigentliche Aufgabe der deutschen Vergangenheitsbewältigung liege (254).

251) QUARITSCH aaO, S. O 36

252) Ähnlich ISENSEE, der es "erstaunlich" findet, in welchem Maße das Berufsbeamtentums seine "Kontinuität" bewahrt habe und daran die Vermutung knüpft, "daß es auf die erwähnten Fragen in diesem Zusammenhang überhaupt nicht ankommt" (Beamtenstreik, S. 49). Hinter diesem Erstaunen steht aber sowohl bei ISENSEE wie bei QUARITSCH ein Staatsverständnis, das sich auf "apriorische Strukturen" stützt (ISENSEE aaO S. 112 mit Bezugnahme auf QUARITSCH), deren zentrales Prinzip die Souveränität oder Einseitigkeit des Staates ist. In diesem HEGELschen Modell (vgl.o. S. 38) ist das Beamtentum schon traditionell zu Hause, kann also "Kontinuität" wahren; von Demokratie bleibt es verschont. Anders der Versuch LEISNERS, den Berufsbeamten als Verkörperung der Republik aufzufassen (Grundlagen S. 29 ff). Die Beweisführung stößt sich jedoch hart an der traditionellen Doktrin, die im Rahmen des Art. 33 Abs.5 zunächst Beachtung fordert.

253) NEEBE in WEBER-NEEBE-BARING (N 159), S. 44

254) KIMMINICH, Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 336
Es ist m.E. auch nicht zufällig, daß gerade in der Beamtenliteratur ungeschichtliche Auffassungen des Nationalsozialismus häufig sind (dazu IV. Kapitel, IV,2).

(3) Elitevorstellungen und staatsbürgerliche Rechte der
Berufsbeamten

Aus den traditionellen Repräsentations- und Elitevorstellungen heraus läßt sich - insbesondere in Verbindung mit dem bekannten Neutralitätsargument²⁵⁵⁾ - anscheinend zwingend eine Beschneidung der staatsbürgerlichen und politischen Betätigungsrechte folgern. Diese vorgebliche "Selbstbescheidung" hat zunächst eine Wurzel in der Überforderung des traditionellen Berufsbeamtentums durch die Konfrontation mit parlamentarischer Demokratie und "Parteienstaatlichkeit"²⁵⁶⁾.

Damit allein läßt sich jedoch nicht erfassen, "wie wenig der grundsätzliche Wandel des politischen Systems und seiner Implikationen erkannt worden ist"²⁵⁷⁾; die "Selbstbescheidung" hat auch eine elitäre Wurzel, die anhand einer - der damaligen hM entsprechenden - Äußerung KÖTTGENs freigelegt werden kann:

Jene "innere Verbundenheit mit dem Staat, die das Wahlrecht der Bürgerschaft vermittelt, ergibt sich für den Beamten bereits aus der Tatsache seines Amtes. Was für den Bürger seine politischen Rechte bedeuten, gibt dem Beamten bereits sein Beruf. Die innere Verbundenheit zwischen Staat und Beamtentum ist auch ohne politische Rechte gesichert". Demzufolge könne "das ideale Ziel...allein in einer weiteren politischen „Entrechtung“ der Bureaukratie erblickt werden" (258).

Bemerkenswert an dieser Äußerung ist zunächst, daß die Bürokratie quasi als außerhalb des "Staatsvolkes" stehend begriffen wird, "den Staat" also nicht mitkonstituiert; gleichzeitig soll sie aber - quasi überhalb des Staatsvolkes stehend - mit dem "Staat" besonders eng verbunden sein. Diese Ideologie hat nichts mit der demokratischen Ordnung zu tun, die "der Idee nach ein Mechanismus ist, durch den das Volk sich kraft Delegation der Staatsgewalt an seine Repräsentanten selbst verwaltet"²⁵⁹⁾. Da Demokratie vor allem auf der Basis der

255) vgl.oben S. 50 ff

256) Hierzu MENZEL, Parteienstaat und Beamtentum DÖV 70, 433 und SCHÄFER, Referat 48. DJT, O 12 f.

257) Zutr. SCHÄFER aaO 258) KÖTTGEN, Berufsbeamtentum, S. 110 f.; ähnlich NAWIASKY, Die Stellung des Berufsbeamtentums im parlamentarischen Staat (1926), S. 16

259) SONTHEIMER, Grundzüge des pol. Systems der BRD(1973), 172.

(4) Elitenvorstellungen und Aufgabenwandel

Rechtliche und fachliche Repräsentation contra Sozialstaat

Zu diesem Unbehagen gegenüber demokratischen Ordnungs- und Individualvorstellungen - das nun schon eine 65-jährige Tradition hat - gesellt sich das Unbehagen gegenüber den neuen Aufgaben, die keinen exklusiv-obrigkeitlichen Charakter mehr tragen.

Schon in der Weimarer Republik, - die kein Sozialstaat war, sondern die zunächst das republikanische und demokratische Prinzip zu verwirklichen suchte (Art. 1 WRV) - steuern die Theoretiker Gegenkurs: mit der Okkupierung der Repräsentations- und Elitelfunktion durch das Oberbeamtentum geht die Ablehnung all jener Aufgaben einher, die "Wohlfahrts- oder fiskalischen Charakter" haben²⁶⁹⁾. Bisher kaum analysiert, aber in seiner Bedeutung wohl nur mit dem republikanischen Trauma²⁷⁰⁾ und dem Entnazifizierungsschock²⁷¹⁾ vergleichbar, ist der durch die Grundsatzentscheidung des GG hervorgerufene und andauernde Konflikt zwischen Sozialstaat und Elitenvorstellungen.

266) Anm.: Wohl nur die Beamten (Angestellte etc. scheiden danach aus), also ein Bruchteil des Staatsvolkes.

267) Immerhin schreiben die politischen Repräsentanten des Staatsvolkes (der Idee nach) der Verwaltung ihr Arbeitsprogramm vor!

268) Demokratische Elemente sind weder im Innenbereich (Berücksichtigung der Interessen der Verwaltenden) noch im Außenbereich (I: staatsbürgerliche Rechte, II: Sozialpflichtigkeit des Verwaltungshandelns) erkennbar. Die Möglichkeiten des gleichen Zugangs(vgl. Art. 33, II,III GG), die WEBER anspricht, sollten in einem "öffentlichen" Dienst schon wegen Art. 3 GG selbstverständlich sein. Zitat: WEBER aaO (N 159), S. 20

269) KÖTTGEN, Das deutsche Berufsbeamtentum, S. 263; auch FORSTHOFF, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), jetzt in (gekürzt): Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 37, klammert die "Fürsorge" aus der Daseinsvorsorge aus, weil sie keine Befriedigung des Appropriationsbedürfnisses darstelle.

270) vgl. o. S. 152 und N 120

271) vgl. MENZEL, Parteienstaat und Beamtentum DÖV 70, 433, 438; MORSTEIN MARX, Einführung in die Bürokratie, 199.

Im Zusammenhang mit der Geschichte des Funktionsvorbehalts ist bereits darauf hingewiesen worden, daß die intendierte "Beschränkung" auf das Obrigkeitliche traditionell auch mit Elitenvorstellungen verknüpft ist²⁷²⁾. Dieser Zusammenhang verdichtet sich zur Abwehrhaltung gegenüber dem Sozialstaat, in dessen Bereich jedoch heute das Hauptarbeitsgebiet der Verwaltung liegt²⁷³⁾.

Wer Elite sein will, wird seine (angebliche) Überlegenheit gegenüber dem "gesellschaftlichen Bereich" nicht kampflos aufgeben. Mit dem Versuch, das Beamtentum an eine, von gesellschaftlichen Interessen freie "Repräsentationssphäre" anzubinden (274), riegelt sich das Beamtentum vom Hauptarbeitsgebiet der Verwaltung ab.

Zumindest die Teilbereiche der Sozialstaatsklausel, dem Gesetzgeber und Verwaltung kontinuierliche Aufträge zur Sozialgestaltung entnehmen müssen,²⁷⁵⁾ entziehen sich einer podestartigen, "neutralen" Betrachtungsweise, wie sie im Titel von C. SCHMITTs Werk "Der Hüter der Verfassung" ^{275a)} sinnfällig wird. Hier sind - z.B. im Zuge einer Umverteilung der Steuerlast - die Interessen nicht "abzuwägen", sondern schlicht politische Gestaltungsziele zu verwirklichen. Die Verantwortung vor dem Auftraggeber tragen Regierung und Parlament, "Hüter der Verfassung" sind die Gerichte, isbs. die Verfassungsgerichte (vgl. Art. 93 GG).

Wenn die Verwaltung bei Planung und Vollzug sozialpflichtig zu agieren hat²⁷⁶⁾, verlangt dies vor allem bei der Erfüllung gesellschaftlicher und kreativer Bedürfnisse ein "Herabsteigen", eine "Bürgerbezogenheit". Damit steht die Verwaltung hier jenseits aller Formen "intakten obrigkeitlichen Waltens"²⁷⁷⁾. Sie ist vielmehr verpflichtet, als "fortlaufendes Geschäft...den auf sie zugeleiteten Manifestationen des Wandels Beachtung zu schenken"²⁷⁸⁾, sich also in hohem

272) Vgl. oben S. 39 f.

273) Vgl. oben S. 23 ff.

274) Vgl. oben S. 73 ff.

275) Vgl. hierzu LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht (1961), S. 63 ff., 230 ff.

275a) C. SCHMITT, Der Hüter der Verfassung (1931), 149 ff.

276) Vgl. oben S. 24 ff.

277) W. WEBER aaO S. 18,

vgl. schon oben S. 40

278) MORSTEIN MARX, Dilemma, 147.

Maße an legitimierte "gesellschaftliche" Bedürfnisse anzupassen, - oder sich an ihrer Erkundung zu beteiligen.

Konsequent im Sinne elitären Vorverständnisses wäre es deshalb - wie von etlichen Autoren gefordert -, neben einer klaren Abgrenzung des Funktionsvorbehalts mit der Tendenz zum Exklusiven auch eine Beschränkung und Zügellung der vordringenden sozialstaatlichen Elemente zu verlangen²⁷⁹⁾.

Eine solche "Zügellung des Wohlfahrtsstaats", wie sie Werner WEBER im Auge hat, hätte ein sehr starkes Anwachsen des politischen Gewichts der (Ober-)Beamten zu Folge unter gleichzeitiger Ausschaltung anderer Einflußzentren, isbs. des Staatsvolkes. Diese Lösung ist weder von der Verfassung gedeckt (280) noch läßt sie sich in der derzeitigen Situation durchsetzen.

Eine eher "gemäßigte" Richtung hat deshalb nach 1949 eine Theorie der rechtlichen Repräsentation des Beamten entwickelt²⁸¹⁾. Diese Theorie hat mit den oben geschilderten Ansichten die fehlende Einbeziehung des Sozialstaatsgedankens im traditionellen Verständnis des Berufsbeamtentums gemeinsam.

Diese Theorie - die sich weit vom Ausgangspunkt LEIBHOLZ' oder SCHMITT's entfernt hat (282) - stiftet mehr Verwirrung als Ordnung. Zunächst soll damit wohl ausgedrückt werden, daß der Beamte - anders als der Vertragsbedienstete - mehr als die Legalität der Verwaltung (Art. 20, III GG) sichert; er soll vielmehr der "beste Hüter solcher Legalität" (283), "Garant der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" (284) und damit "Repräsentant des Rechtsstaats" (285) sein.

279) WEBER in WEBER-NEEBE-BARING aaO, S. 21 (vgl. auch oben S. 40); ähnl. HEYLAND, Berufsbeamtentum S. 32 ff., 54; FISCHBACH, Referat 39. DJT, S. 33 ff., 38 ff.; THIELE, Der Beamte als Repräsentant der Staatsidee, DöD 60, S. 61 ff. u.v.a.

280) Tatsächlich ist hier der Weg zur "Bürokratie" i.e.S., d.h. im Gegensatz zur Demokratie, beschritten.

281) GERBER, DVBl. 51, 489, 490; FISCHBACH aaO (N 279), S. 41 ff. und DERS.: BBG 2. Aufl. 1956, § 2 X FN 17; ähnl. bereits KOELLREUTER, Grundriß der Allgemeinen Staatslehre (1933), S. 268

282) Vgl. oben S. 71 m.N. und SCHMITT, Verfassungslehre, S. 208 ff.

283) So LEISNER, Grundlagen S. 43

284) So STERN, Diskussion 48. DJT O 62

285) So RÖBLER in LOSCHOLDER-RÖBLER (N 165) S. 123

Solche Formulierungen erinnern nicht zufällig an die Judikative; der Vergleich zwischen Beamten und Richtern wird ganz klar gezogen²⁸⁶⁾. So ist es in diesem Sinne konsequent, wenn ULE Beamte und Richter in erster Linie als Repräsentanten der Rechtsstaatsidee ansieht²⁸⁷⁾.

Bei nüchterner Betrachtungsweise - d.h. ohne allzu idealistische Überhöhung des Begriffes "Repräsentation" - könnte dies allenfalls dann zutreffen, wenn alle (oder doch die meisten) Beamten eine ähnliche juristische Schulung und Ausbildung hätten wie die Richter, und ihre Funktion wenigstens teilweise mit der der Richter gleichzusetzen wäre. Die erste Voraussetzung ist beim größten Teil der Beamten nicht erfüllt, ein "Juristenmonopol" gibt es nicht (288). Ein derartiges Monopol wäre in weiten Bereichen - man denke an den Bildungs- und Unterrichtssektor, aber auch im Planungsbereich - völlig undenkbar. Zweifellos ist aber alles "Verwaltung" - und um die Abgrenzung der Beamten in ihr geht es ja - und in diesen Bereichen vornehmlich Beamte beschäftigt.

Die zweite Voraussetzung kann schon deshalb nicht zutreffen, weil sie im Widerspruch zu den - vom Grundgesetz hervorgehobenen - verschiedenen Funktionen von Richtern und Beamten steht (289). Die Theorie von der rechtlichen Repräsentation verabsolutiert eine der gesamten Verwaltung eigene Verfahrensweise (Art. 20, III GG) zur eigenständigen Aufgabe des Beamtentums und übersieht dabei das Wesentliche, nämlich den Gestaltungsauftrag der Verwaltung im Rahmen des Sozialstaats (290).

So unbestreitbar die Rolle des "juristischen Fachmanns" in der öffentlichen Verwaltung ist²⁹¹⁾, so wenig ist sie auch geeignet, das Berufsbeamtentum als besondere Institution innerhalb der Verwaltung zu kennzeichnen²⁹²⁾. Die Theorie der rechtlichen Repräsentation ist auf die Verkennung der Tatsache zurückzuführen, "daß wir es eben nicht nur mit dem

286) z.B. LEISNER, Grundlagen, 43: " Der Rechtsstaat braucht Diener, deren Status etwas von dem des unabhängigen Richters (Hervorhebung im Text) hat". Vgl. ebda. S. 45

287) ULE, Öffentlicher Dienst, in :Die Grundrechte IV/2 (1962), 537 ff (649); DERS.: Beamtenrecht im Wandel DVBl. 63,1,9.

288) Nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht einmal im "höheren allgemeinen Verwaltungsdienst", vgl. § 19, II BBG.

289) Dazu ausführlich oben S. 3 ff.

290) Vgl. oben S. 21 ff. und SCHEUNER, Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung, DÖV 1969, 585, 590

291) Vgl. z.B. JUNG, Zweispurigkeit S. 158 m.N.

292) Hier wird immer nur eine Teilgruppe angesprochen, die viel zu klein ist, um auch nur annäherungsweise "Typisches" über die Institution aussagen zu können.

Rechtsstaat zu tun haben, sondern mit dem sozialen Rechtsstaat, d.h. also mit einer neuen Dimension des Rechtsstaats, die uns zum Umdenken zwingt" (293).

Dem Sozialstaat droht ferner Gefahr von einer elitären Tendenz, die als Theorie der fachlichen Repräsentation bezeichnet werden kann.

Hier ist wieder der Einfluß Max WEBERS sehr deutlich, allerdings unter veränderten, ja verfälschten Vorzeichen:

Das berühmte Wort Max WEBERS, daß sich der politische Behördenchef dem verwaltungserfahrenen Beamten gegenüber ständig " in der Lage des 'Dilettanten' gegenüber dem 'Fachmann'" befinde (294), stieß zunächst, weil es im Zusammenhang mit anderen Aussagen WEBERS - z.B. dem rationalen Typus der Bürokratie - gesehen wurde, auf entrüstete Ablehnung. SMEND warf WEBER vor, er habe mit seinen Untersuchungen die Bürokratie als rationalen Apparat und die Beamten als technische Funktionäre verteuelt (295).

Die traditionelle "antirationale" Strömung entwickelte somit aus einem gewissen Gegensatz zu WEBER heraus die bis heute wirksamen Vorstellungen vom absoluten Gegensatz zwischen Amt und Funktion sowie die ethische Überhöhung des Berufsbeamtentums in den Repräsentationstheorien (296).

Die "Versachlichung" der Diskussion führt schließlich nach Durchlaufen der Zwischenstufen der "rechtlichen" Repräsentation und unter Einschaltung des Allgemeinwohls zu einer erneuten Aufwertung der "Rationalität der Organisation", die durch den überlegenen Fachmann (297) gewährleistet sei. Etwas von dieser fachlichen Überlegenheit klingt auch in der bereits oft zitierten Entscheidung des BVerfG an, wenn dort von "Sachwissen" und "fachlicher Leistung" die Rede ist (298).

293) So richtig RAMM, Diskussion 48. DJT, O 63 f., gegen STERN aaO, O 62.

294) Max WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, Studienausgabe 4. Aufl. (Tübingen 1964), S. 730

295) SMEND, Verfassung und Verfassungsrecht (N 132), S. 30 Vgl. hierzu ALBROW, Bürokratie (1972), S. 65

296) Diesen Gegensatz übersieht LEISNER, Grundlagen, S. 22 f.

297) FRIEDRICH kommt in seinen Untersuchungen (N 221) nachweisen, daß knapp 25% der Ministerialbeamten dazu neigt, "die eigene Fachkenntnis überzubewerten und die Parlamentarier aus der Perspektive der administrativen Effizienz zu beurteilen" (S. 40). Zu diesen Problemen vgl. auch MORSTEIN MARX, Einführung in die Bürokratie, S. 41 ff; JACOBY, Die Bürokratisierung der Welt (1969), S. 245 ff.

298) BVerfGE 7, 162

Der Verfasser kann mit der Vorstellung von der "fachlichen Repräsentation" des Beamten nichts anfangen: unbestreitbar ist, daß die öffentliche Verwaltung nicht "dilettantisch" verfahren darf. Das muß selbstverständlich die Vertragsbediensteten mit einschließen, die im übrigen i.d.R. wohl eher "Fachleute" zu nennen wären als die für eine Laufbahn (§ 11, I BRRG) ausgebildeten Beamten (299)(300).

Die "fachliche Repräsentation" erweist sich als neues Vehikel des bekannten Vorgangs, für die Berufsbeamten ein Reservat eigener Staatlichkeit zu schaffen³⁰¹⁾. Die "positive Besetzung" der einst verhaßten "Rationalität der Organisation" führt zur undifferenzierten Übernahme von Management-Modellen der Wirtschaft³⁰²⁾ einschließlich ihrer Statussymbole³⁰³⁾.

Hier nur am Rande zu bemerken ist, daß auch diese Kehrtwendung mit alten Kategorien "erklärt" wird, vornehmlich mit dem beamtenrechtlichen Leistungsprinzip (304).

Stellt sich die Unabhängigkeit und Neutralität des Berufsbeamtentums, wie sie in den Elitetheorien zum Ausdruck kommt, hauptsächlich als Ablehnung der demokratischen Individual- und Ordnungsvorstellungen des GG dar, wird diese "fachlich" begründete Ablehnung des Sozialstaats zur technokratischen Variante³⁰⁵⁾ eines elitären Bewußtseins.

299) Hierzu ausführlich JUNG, Zweispurigkeit, S. 169 ff.

300) Zur Kritik am Laufbahnprinzip vgl. unten V. Kapitel, I, 4

301) Hierzu oben S. 73 ff sowie 50 ff. ; vgl. auch BENZ, Beamtenverhältnis, S. 22 ff.

302) Vgl. GIEHL, Der öffentliche Dienst in der modernen Gesellschaft - Bürokratie oder Management, BayVbl. 72, 57 ff. m.N.; zu Recht warnt GIEHL (aaO, 60 f.) vor dieser Entwicklung.

303) Zu deren Bedienung Angestellte der Privatwirtschaft nötig sind!

304) Vgl. hierzu LEISNER, Grundlagen S. 63 f., der in seiner antigewerkschaftlich ("DGB-Vorstellungen") ausgerichteten Kritik übersieht, daß bereits früher von traditionell ausgerichteter Seite das "Pathos des Leistungsprinzips" (GRABENDORFF in WEBER-NEEBE-BARING aaO - N 159 - S.70) auch im Hinblick auf die "fachliche Repräsentation" bemüht wurde.

305) Zum Begriff: LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, 130f. und HABERMAS, Technik und Wissenschaft als "Ideologie" (1968), S. 48 ff., 79 ff.

Zusammenfassung und Fortsetzung:

Der deutliche Zusammenhang zwischen Repräsentations- und Elitetheorien führt in einem beachtlichen Teil des Schrifttums zu Folgerungen, die mit den Wertungen des Grundgesetzes nicht übereinstimmen:

Die Ablehnung demokratischer Gleichheitsvorstellung (egalitärer Zug der Verfassung) verbindet sich mit der Ablehnung demokratischer Ordnungsvorstellungen des Grundgesetzes. Zunächst wird die Rolle der Verwaltung innerhalb des demokratisch verfaßten Gemeinwesens nicht akzeptiert: das Beamtentum als Institution rückt nach außen in ein Reservat höherer Einheit des Staates. In diesem Reservat soll der in seinen staatsbürgerlichen Rechten beschnittene einzelne Beamte eine pseudo-demokratische Rechtfertigung erfahren.

Damit ist der Konflikt zwischen Sozialstaat und Beamtentum bereits angelegt: die Erkundung und Erfüllung gesellschaftlicher Bedürfnisse, die erstmals in einem annähernd intakten Führungskreislauf durchgesetzt werden können, kann nicht "exterritorial" erfolgen. Angesichts der fortschreitenden Ausweitung der Verwaltung - die Ergebnis dieser Verfassungsziele ist - werden andere Reservate in Anspruch genommen. Es handelt sich dabei (1) um einen restriktiv und tendenziell exklusiv interpretierten Funktionsvorbehalt, der "intaktes obrigkeitliches Walten" zuläßt und den Sozialstaat zurückdrängen soll, (2) um den Bereich der sog. rechtlichen Repräsentation des Beamten - der damit mit der erstarkten Judikative in einen verfassungsrechtlichen Konflikt tritt - und (3) - als neueste Wiederentdeckung - um den Bereich der sog. fachlichen Repräsentation.

Die "fachliche Repräsentation" führt zum nächsten traditionellen Abgrenzungskriterium, der Hierarchie. Hier wie dort werden wir feststellen, daß die zunächst idealistische Unterlegung der Begriffe im Zuge der Entwicklung abgebaut und an ihre Stelle eine "rationale" Begründung nachgeschoben wird.

VI. HIERARCHIE

"Die Welt des Verwaltens ist ganz am Rand des staatsbürgerlichen Wissens geblieben" (306).

Diese Formulierung von MORSTEIN MARX ist auch im Hinblick auf die rechtliche Diskussion dessen, was als Führung im eigenen System oder interne Führung bezeichnet werden kann, zutreffend.

Auf den Seiten 24-31 wurde der Versuch unternommen, das "sozialpflichtige Verwaltungshandeln", also den Führungsstil gegenüber der Bevölkerung, unter Zuhilfenahme der in diesem Bereich m.E. maßgeblichen Qualität des Ausgangsbedürfnisses genauer zu bestimmen. Eine schematische Übertragung dieses Grundmusters auf die interne Führung ist sicher nicht ohne weiteres möglich; jedoch haben wir gesehen, daß auch der inneradministrative Bereich in seiner Anpassungs- bzw. Erneuerungsfunktion auf die Primäraufgabe der Verwaltung bezogen bleiben muß, also auch die der Primäraufgabe zugrundeliegenden politischen Führungsimpulse in ihrer jeweiligen Qualität für den internen Bereich von entscheidender Bedeutung bleiben (vgl. o. S. 30).

Leider sind die hieraus resultierenden Probleme rechtlich kaum erfaßt, da sie bislang nur in Teilgebieten - nämlich beim Polizeivollzugsdienst, bei Personalangelegenheiten und jetzt in der Mitbestimmungsdiskussion - aktuell wurden.

Aus der recht schmalen Rechtsprechung³⁰⁷⁾ sei zunächst eine Entscheidung des BayVerfGH zitiert, die eine Wurzel des im Beamtenrecht allgemein akzeptierten Hierarchiemodells aufdeckt:

In etwas anderem Zusammenhang³⁰⁸⁾ kommt der BayVerfGH auf die "innere Geschlossenheit" (der Bereitschaftspolizei) zu sprechen, die "gewahrt bleiben" müsse. "Frontenbildungen" müßten vermieden werden, weil darunter die (für kasernierte Polizeibeamte) "besonders notwendige Kameradschaft" beeinträchtigt werde (309).

In sehr pointierter Form ist uns dieser Teilaspekt bereits oben (S. 72) als "zur Einheit zusammenschweißende Dienstzucht" begegnet. In blasserer Form wird aus der "inneren Ge-

306) MORSTEIN MARX, Einleitung (S. 7) zu LUHMANN, Funktionen und Folgen formaler Organisationen.

307) Die Gründe hierfür werden später deutlich (S.92 ff.)

308) Art. 4,II BayPOG (Verbot der parteipolitischen Betätigung der Bereitschaftspolizisten).

309) BayVerfGH DÖV 66,95,97 (= E. vom 8.7.1965 VerfGH n.F. 18, 59 ff.).

geschlossenheit die traditionelle Gehorsamspflicht des Beamten³¹⁰⁾, die angeblich nur durch das Hierarchiemodell zu erreichen sei:

Im Zusammenhang mit dem Bremer Personalvertretungsgesetz (311) hat das BVerfG in einer Entscheidung aus dem Jahre 1959 (312) einen "hergebrachten Grundsatz" dahingehend festgestellt, daß über Personalangelegenheiten eines Beamten in der Regel allein die ihm vorgesetzte Dienststelle zu entscheiden habe (Leitsatz 3). Wenn hier auch nur ein Teilbereich der internen Führung angesprochen wurde, so ist doch die Begründung der Entscheidung von außerordentlichem Interesse. Das Gericht führt aus:

"Treue, Pflichterfüllung, unparteiischer Dienst für die Gesamtheit und Gehorsam gegenüber den Gesetzen und den rechtmäßigen Anordnungen des Dienstvorgesetzten haben zur Voraussetzung, daß der Beamte nur Stellen seines Dienstherrn verantwortlich ist, die durch ein hierarchisches Über- und Unterordnungsverhältnis eine Einheit bilden, und daß auch nur diese Stellen zu seiner Beurteilung und zu den Maßnahmen befugt sind, die seine Laufbahn bestimmen"³¹³⁾.

Dieses angeblich notwendige hierarchische Modell³¹⁴⁾ wird teilweise stark idealistisch unterlegt (vgl.o. S. 84). VOGEL meint z.B. in seiner Besprechung zu diesem Urteil des BVerfG, daß sich "aus dem Bild der Gewaltenteilung ableiten" ließe, "daß jede der drei Gewalten nach einem anderen Konstitutionsprinzip (Demokratie, Aristokratie, Monarchie) aufgebaut ist. Dabei fällt der Exekutive eindeutig die monokratische Organisationsform zu" (315).

310) JELLINEK (Verwaltungsrecht³ 1931, unv. Neudruck Offenbourg 1948, S. 355) zieht "Treue" und "Gehorsam" sogar zur Begriffsbestimmung des "öffentlichen Dienstes" heran.

311) Das BremPersVG sah in den §§ 52, 58 ff., die vom BVerfG ganz oder teilweise für nichtig erklärt wurden, eine echte Mitbestimmung des Personalrats in allen sozialen und personellen Fragen vor.

312) BVerfGE 9, 268

313) BVerfGE 9, 268, 286 f.

314) Hierarchisch im traditionellen Sinne, d.h. als durchgängiges, auf einer "Amterordnung" beruhendes, Eingriffskonzept; vgl. LORENZ, Verwaltung, S. 52 ff.

315) VOGEL, MDR 1959, 894, 895 mit N. (ebda. FN 19-22) für diese Ansicht, die keine vereinzelte ist.

Die Ansicht, daß die verschiedenen Gewalten auch verschiedenartige Gewalten sein sollen, kann wohl als absolut herrschend angesehen werden³¹⁶⁾. Dies bedeutet aber noch lange nicht, daß innerhalb einer Gewalt eine einzige Organisationsform (z.B. das "monokratische Prinzip") Geltung beanspruchen könnte:

Nach unseren Überlegungen ist zumal ausgeschlossen, daß der Verwaltung eine bestimmte Organisationsform "zufällt"; da auch die interne Führung in erheblichem Umfang durch die legitimierten (verschiedenartigen) Ausgangsbedürfnisse konditioniert wird (vgl.o. S. 30, S. 85), müßte es - sehr vorsichtig formuliert - überraschen, wenn diesen verschiedenen Führungsimpulsen eine allein gültige interne Organisationsstruktur entsprechen sollte!

VOGEL kommt bei seiner "dogmatischen Einordnung eines Satzes"³¹⁷⁾ zum Schluß, daß doch ganz offenbar "das Bild der staatlichen Gewaltendreiheit weitgehend auf das theologische Vorbild der Trinität zurück (geht)" und "seine werbende Kraft zu einem gut Teil von dieser Übereinstimmung her" bezieht³¹⁸⁾.

Eine solche idealistisch-saubere Dreiteilung der Gewalten ist jedoch im Grundgesetz ebensowenig angelegt wie eine saubere Scheidung der Organisationsformen innerhalb der drei Gewalten (319). Dankenswert deutlich hat demgegenüber LEISNER den Bezug zwischen Aufgabe (320) und Organisationsform herausgestellt:

" Hier wird aus der (herkömmlichen) Organisation des öffentlichen Dienstes auf die Unzulässigkeit einer Neuorganisation geschlossen. Dies aber geht nur an, wenn nachzuweisen ist, daß die herkömmliche Organisationsform, insbesondere die (relative) Unabhängigkeit der Beamten um soviel besser aufgabenangepaßt ist, daß andere Modelle unzulässig sind, welche etwa die Unabhängigkeit durch kooperative Dependenz

316) Vgl. nur LEISNER, Mitbestimmung, S. 32 unter Berufung auf Kelsen

317) VOGEL MDR 1959, 894, 895 FN 19a 318) VOGEL ebda (895)

319) Vgl. nur BÖCKSTIEGEL, Neue Aspekte der Gewaltenteilung seit Inkrafttreten des GG, NJW 70, 1712 ff.

320) Die Nuance im Ansatz LEISNERS und dem des Verf. liegt darin, daß LEISNER nur eine gravierende "Schlechterfüllung", unter der "die Verwaltung als solche" leiden müßte, für rechtlich relevant hält (aaO, 39), während der Verf. in der Sozialpflichtigkeit des Verwaltungshandelns (o. 24 ff.) die verfassungsrechtliche Legitimierung der Verwaltung erblickt.

ersetzen wollten. Grundsätzlich kann also nicht "von einer Organisationsform auf die Zulässigkeit von (anderen) Organisationsformen", sondern nur von "Aufgabe auf Organisationsform" geschlossen werden." (321)

Es soll gleich an dieser Stelle angedeutet werden, daß die praktischen Auswirkungen des traditionellen Hierarchiemodells - soweit sie Bezug zur adäquaten Aufgabenerfüllung haben - z.T. angegriffen, z.T. ^{aus} de facto überwunden werden. Neue Probleme ergeben sich/ "informellen" Hierarchien. Als Beispiele können angeführt werden: die nun mehr als zwanzigjährige Diskussion über die Neubesetzung der Remonstrationspflicht(322); die Ministerialverwaltung als "teilweise einem Kollegium nahekommende Gruppe" (323); die Dezernatsverfassungen der Bundesbahndirektionen (324); die Diskussion über das Problem der "doppelten Hierarchie" auf dem 48. DJT (325).

Ganz und gar parallel zu der Entwicklung der Repräsentationstheorie läßt sich auch in der Hierarchiediskussion eine Tendenz erkennen, die die Begründung für das Festhalten am traditionellen Hierarchiemodell nicht mehr in einem "höheren Bereich" sucht, sondern zu seiner Verteidigung zunächst rechtsstaatliche³²⁶⁾, zunehmend aber auch Momente einer behaupteten größeren Effizienz und Leistungsfähigkeit³²⁷⁾ heranzieht.

321) LEISNER, Mitbestimmung, S. 38; Hervorhebung im Text. "Unabhängigkeit" bedeutet hier: Unabhängigkeit von Personalräten.

322) Vgl. GREWE, Referat 39. DJT Teil D Seite 31 (These 9).

323) KOLBLE, Die Ministerialverwaltung im parlamentarisch-demokratischen Regierungssystem des GG, DÖV 69,25,28. Ein Beispiel für "Teamarbeit" im Planungsbereich gibt GEIGER, Entwicklungsplanung in Baden-Württemberg, in: MORSTEIN MARX, Gegenwartsaufgaben der öff. Verwaltung (1968), S. 189 ff., 206

324) Vgl. § 7,I der Geschäftsanweisung für BB-Direktionen

325) Ausgelöst durch das Gutachten von THIEME zum 48.DJT, ^{isbs.} S. D 29

326) THIEME, Verwaltungslehre(1967), S. 293; ihm folgend JUNG, Zweispurigkeit, S. 155; ähnlich LEISNER, Grundlagen, S. 42 (feste Amterordnung); noch weitergehender ISENSEE, Beamtenstreik, 120 ("Medium demokratischer Legitimation").

327) ZIPPELIUS, Allgemeine Staatslehre 1971³, S. 224; ähnl. auch BVerfG 17, 319, 332; w.N. bei LEISNER, Mitbestimmung, S. 38 f.

Nicht mehr das Direktionsrecht (328), das "Kriterium der Unterordnung" (329) oder die "starke Pflichtenstellung" (330) sollen den Ausschlag für die angebliche Überlegenheit des Hierarchiemodells liefern, sondern z.B. auch das "Bedürfnis nach raschem Reagieren und nach eindeutigen Zielsetzungen". (331)

Die eindeutig nachweisbare Unterlegenheit des durchgängigen Eingriffskonzepts in verschiedenen Bereichen (332) wird ebensowenig zur Kenntnis genommen, wie die Kritik Max WEBERS an diesem seinem "eigenen" Modell (333): Max WEBER hat sowohl die Gefahren des Zusammenhanges zwischen Effizienz und damit erworbener Macht (334) als auch die Gefahr der "Entpersönlichung des Rädchens in der Maschine" gesehen und nach möglicher Abhilfe gesucht (335). Daneben wäre sicher auch die kritische Auseinandersetzung CROZIERs mit WEBER (336) geeignet, Argumente der "Effizienzsteigerung" nicht von vornherein in das "verwaltungspolitische Vorfeld" zu verweisen (337).

Das klassische Hierarchiemodell hinterläßt zwei juristische Problemkreise: zunächst einen - zumindest potentiellen - Gruppenkonflikt zwischen Beamten und Vertragsbediensteten (1) und (2) ein Problem der "brauchbaren Illegalität". Beide Problemkreise erhalten zusätzliche Brisanz durch den immer stärker werdende Ruf nach "Effizienz" und "Steigerung der Verwaltungsleistung" (338).

328) KÖTTGEN, Öffentlicher Dienst, in Staatslexikon V (1960), Sp. 1193

329) KÖTTGEN, Das deutsche Berufsbeamtentum (1928), S. 46

330) THIEME, Aufgabenbereich, S. 26

331) ZIPPELIUS, Allg. Staatslehre, S. 224

332) Sogar im Gerichtsbereich läßt sich die Überlegenheit des Kammermodells eindeutig nachweisen; vgl. das Material bei BENDER, ZRP 72, 118 (120). Vom theoretischen Ansatz des Verf. her kann ohnehin nicht zweifelhaft sein, daß das Eingriffskonzept nur in einem sehr engen Bereich eine Vermutung der Leistungsfähigkeit hat (vgl. oben S. 24-31 und LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, S. 37 ff.).

333) Max WEBER, Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland" (1918).

334) Eine Zusammenstellung der Kritik WEBERS findet sich bei ALBROW, Bürokratie, S. 52 ff.

335) Vgl. die Nachweise bei LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, S. 56 f. und S. 146

336) CROZIER, Le Phénomène Bureaucratique, Paris 1963

337) So aber LEISNER, Mitbestimmung, S. 39

338) Vgl. nur QUARITSCH 48. DJT, O 55f. (These 6); STALMANN Diskussion 48. DJT, O 75; HERZOG aaO O 96

(1)

Das BVerfG hat in seiner zitierten Entscheidung³³⁹⁾ unter Berufung auf den (aufgeweichten) Funktionsvorbehalt das perfektonierte hierarchische Modell nur für die Beamten, nicht aber für die Vertragsbediensteten gelten lassen wollen, weil letztere (bzw. ihre Tätigkeit) "regelmäßig ein geringeres politisches Gewicht" hätten.

Hier ist ein Problem aufgegeben: das Gericht hätte begründen müssen, warum es trotz der konstatierten "gewissen Annäherung an das Beamtenrecht" nur für die Beamten und nicht für die Angestellten ein einheitliches Hierarchiemodell für notwendig hält; die fehlende Begründung läßt aber den sicheren Schluß zu, daß das Gericht sogar für einen die gleiche Tätigkeit wie ein Beamter verrichtenden Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst andere und verschiedenartige interne Organisationsmodelle für möglich hält, dies sogar, ohne daß die angesprochene Effizienz darunter leidet!

Hieraus ist zunächst zu folgern, daß der nötige (und vom Gericht durch seine Formulierung "hoheitliche Tätigkeit" auch anerkannte) Bezug zu den Aufgaben nicht mehr gewährleistet ist.

Tatsächlich zieht sich das Gericht auch auf seine dogmatische Position der "Personalhoheit der Regierung" zurück; nicht recht einsichtig ist dann allerdings, warum das Gericht zuvor einen scheinbaren Bezug zu den Aufgaben herstellt und diesen auch als Begründung verwendet!

Problematisch wird dieser so im Kern angelegte Gruppenkonflikt vor allem deshalb, weil das traditionelle Hierarchiemodell dem Beamten weniger Entfaltungsmöglichkeiten zugesteht, die Begründung für seine Aufrechterhaltung aber weitgehend sachlichen Bezügen entbehrt. Juristisch ist dieser Konflikt deshalb im Bereich des Gleichheitssatzes anzusiedeln,

dessen stärkere Beachtung man sich auf die Dauer "nicht mit dem lapidaren Hinweis der Verschiedenartigkeit der Rechtsstellung des Beamten einerseits und der Angestellten andererseits (BGHZ 9,328) oder der strukturellen Verschiedenheit des ganzen Lebensverhältnisses (BVerfGE 11,291)...(wird) entziehen können" (340).

339) BVerfGE 9, 268 (284,285,286f.); vgl. dazu auch PARTSCH, Anmerkung JZ 1960, 23 f.

340) JUNG, Zweispurigkeit, S. 190, der allerdings andere Wirkungen des Gleichheitssatzes im Auge hat, m.w.N.

Der Gleichheitssatz drängt hier jedoch nicht auf eine Vereinheitlichung, sondern vielmehr auf eine sachgerechte Differenzierung der internen Organisationsstrukturen.

(2)

In jüngster Zeit hat das Problem der doppelten Hierarchie auch in das juristische Schrifttum Einzug gehalten. Hierbei handelt es sich um die bekannte Erscheinung, daß sich im Widerspruch zur hierarchischen Struktur informelle Gruppen bilden, die eine eigene Loyalität und Solidarität aufweisen³⁴¹⁾.

In der öffentlichen Verwaltung wird dies nach außen besonders deutlich bei den "Spezialisten" und "Technikern", also "nicht-klassischen" Beamtenberufen. Auf Grund ihrer Unentbehrlichkeit - was die Elastizität und Mobilität des Systems entscheidend einschränkt - werden die Experten à part beurteilt. THIEME hat beispielsweise den Vorschlag gemacht, diese doppelte Hierarchie zu institutionalisieren und neue Aufstiegsmöglichkeiten für Experten zu schaffen (342). Dies wäre wohl ein Weg, momentane Reibungen auszuschalten und evtl. die Innovationsfähigkeit der Verwaltung zu erhöhen. Die Gefahr bei diesem Vorschlag scheint mir aber darin zu liegen, daß hier als Ausnahmeerscheinung begriffen (und abgedrängt) werden könnte, was zunächst als vorhandenes und die gesamte Verwaltung betreffendes Problem erörtert werden müßte.

Aufzustellen ist zunächst die These, daß ein Großteil der auftretenden Schwierigkeiten aus unangemessener interner Führung entsteht, die wiederum zum größten Teil auf der Unangemessenheit des klassischen Hierarchiemusters - als alleinigem Herrschaftsmodell - beruht, und daß schließlich dieses alleinige Modell starken verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen muß.

Bei der Erfassung dieses Problems ist zunächst auf die bisherigen Ergebnisse zu verweisen, insbesondere auf die tendenzielle Ausdifferenzierung der internen Organisationskonzepte. Eine Ausweitung erweist sich jedoch als nötig, da bisher auf die eigenen Bedürfnisse der Verwaltenden wenig eingegangen wurde.

341) LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, S. 59 m.w.N.

342) THIEME, Gutachten zum 48. DJT, S. 28 ff.

Die Ausweitung sei mit einem Zitat eingeleitet:

Daß "buchstabengetreues, ausschließlich formales, peinlich korrektes Verhalten eine Organisation lähmen, ja zum Stillstand bringen könne, (gehört) zum festen Erkenntnisbesitz der Organisationswissenschaft. Sie taucht in der Bürokratielehre auf und wird gelegentlich als Streikprogramm benutzt"(343).

Hier soll nicht geradewegs auf den "Dienst nach Vorschrift" losgesteuert werden; vielmehr soll versucht werden, diese eigenartige Übersteigerung - auch dies ist zunächst fraglich - des hierarchischen Modells womöglich besser in den Griff zu bekommen.

Bei der Durchsicht der Beamtenliteratur muß auffallen, daß der Beamte als eine Art "Kunstmensch" dargestellt wird, der keinerlei eigene kommunikative oder kreative Bedürfnisse³⁴⁴⁾ hat oder haben darf. Seine "Uneigennützigkeit" wird ihm ohne weiteres abverlangt; jede andere Entfaltung steht in der Gefahr, als "eigensüchtig" oder "gruppenegoistisch" gebrandmarkt zu werden³⁴⁵⁾. Konzidiert wird lediglich der "denkende Gehorsam"³⁴⁶⁾ oder die Ablehnung "jeden Kadavergehorsams"³⁴⁷⁾: daß der Beamte in seinem Beruf auch ein verfassungsmäßiges Recht auf Entfaltung der eigenen Persönlichkeit hat (Art. 2, I GG) wird so gut wie nirgends erwähnt. Was denn nun "denkender Gehorsam" sein soll, bleibt unklar:

"Im engeren Fachbereich der Organisationslehre und der Bürokratiesoziologie hat man sich bisher zumeist auf den Hinweis beschränkt, daß formale Regeln und Weisungen nicht buchstäblich ausgeführt werden könnten, sondern Initiative, selbständiges Denken und Anpassungsgeschick des Untergebenen voraussetzen - eine wohlklingende Formel für den Versuch, das Risiko der Illegalität nach unten abzuwälzen"(348).

Dies läßt sich umso leichter tun, weil durch die Lehre vom sog. Betriebsverhältnis (349) ohnehin nicht zu befürchten ist, daß unangemessene interne Führung gerichtlich überprüft wird - die nicht vorhandene Rechtsprechung belegt dies.

343) LUHMANN, Funktionen und Folgen, S. 301

344) Zugestanden werden nur die Überlebensbedürfnisse, vor allem Besoldung und Versorgung. Nur diesen (materiellen) Aspekt hebt das BVerfG in ständiger Rspr. heraus.

345) Vgl. nur ISENSEE, Beamtenstreik, 154; LEISNER, Grundlagen, S. 44

346) ISENSEE ebenda 347) JUNG, Zweispurigkeit, 155

348) LUHMANN aaO S. 305 FN 5; 349) Vgl. nur ULE, Das Besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957), 133, 151 f.

Das juristische Schrifttum ist denn auch womöglich noch leichter bei der Hand, mehr "Eigeninitiative" zu verlangen (350) oder gar die "Spontaneität der vollziehenden Gewalt" als Forderung des Rechtsstaats (351) zu verlangen; in der praktischen Politik wird hieraus ein Imageproblem (352).

Nicht bedacht wird hierbei ganz offensichtlich, daß "Spontaneität" - und damit der Gestaltungsauftrag der Verwaltung³⁵³⁾ nicht befohlen werden kann, sondern notwendige Voraussetzung dafür ist, daß auch die interne Organisationsstruktur diese Entfaltung zuläßt. Hierfür ist das traditionelle Eingriffskonzept völlig ungeeignet³⁵⁴⁾, da es auf einer - für den Soziologen "brauchbaren"³⁵⁵⁾, für den Juristen aber bedenklichen - Illegalität "aufbauen" muß, um mehr Effizienz zu erreichen.

Das verbreitete Verlangen nach einer Steigerung der Verwaltungsleistung kann deshalb in einer durchgängig nach dem Eingriffskonzept hierarchisierten Verwaltung (356) nur zu einer Verschärfung dieser Illegalität führen. Das Problem wird auf den Kopf gestellt und verkannt, wenn von der Verwaltungsrechtslehre Ergebnisse gefordert werden, die diese Illegalität als legal ausweisen sollen (357).

Die Berücksichtigung der kommunikativen und kreativen Bedürfnisse der Verwaltungsangehörigen wird in weiten Bereichen der Verwaltung zur besseren Erfüllung ihrer Primäraufgabe notwendig³⁵⁸⁾.

350) Vgl. SCHICK JZ 1970, 449, 451 (zweifelnd).

351) So ISENSEE, Beamtenstreik S. 154

352) GENSCHER, Funktion und Bedeutung des öffentlichen Dienstes in der modernen Industriegesellschaft; Bulletin Nr. 3 (11.1.1973), S. 21 ff.

353) Vgl. oben S. 22 ff.

354) Vgl. LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, S. 56 ff.

355) LUHMANN, Funktionen und Folgen, S. 304

356) Abgesehen von der Auflockerung durch das "Stabssystem"; auch Stäbe können jedoch im Verhältnis zu anderen Organisationsangehörigen eine sogar erhöhte Leitungsbefugnis haben; deren Antriebe treten dann völlig zurück.

357) So offenbar ISENSEE, Beamtenstreik, S. 150 f, der auch sonst allzuviel vereinfacht und die Antriebe der Verwaltungsangehörigen nicht zur Kenntnis nehmen will.

358) Vgl. bereits oben S. 30; insofern kann von "Eigennützigkeit" und "Gruppenegoismus" in diesem Bereich nicht die Rede sein. Hiervon zu trennen ist das Streikproblem, weil durch den Streik (temporär) die Primäraufgabe ruht.

Dies legt den Schluß nahe, daß auch innerhalb der Verwaltung eine Pluralität von Führungsstilen oder Herrschaftsmodellen nötig ist.

Gegen die herrschende Meinung, die die klassisch-hierarchische Amtsordnung für das Beamtentum als einzig geeignete ansieht³⁵⁹⁾ und diese ohne nähere Untersuchung in den Rang eines hergebrachten Grundsatzes erhebt³⁶⁰⁾, sind starke rechtsstaatliche Bedenken zu erheben; nicht nur wegen der ihr immanenten "eingebauten Illegalität" und der Zurückdrängung auch legitimer Entfaltungsbedürfnisse der Beamten, sondern auch aus einem anderen Strukturzug heraus:

In der Tat wird ja ein im wesentlichen rechts- und gerichtsfreier Raum³⁶¹⁾ (die hierarchische Amtsordnung) als verfassungsrechtliches Leitbild³⁶²⁾ hypostasiert. Allein die potentielle Autonomie eines solchen Leitbildes verpflichtet zur kritischen Sondierung³⁶³⁾. Als Abgrenzungskriterium kommt ein durchgängiges Hierarchieprinzip auch aus diesem Grunde nicht in Frage³⁶⁴⁾.

359) Bezeichnenderweise werden Ausnahmen vom hierarchischen Prinzip (Universität, Planungsstäbe) nur als "Tradition" oder "Besonderheit" begriffen.

360) Vgl. THIEME, Der öffentliche Dienst (1961), S. 49; JUNG, Zweispurigkeit S. 155, bringt die hierarchische Überordnung sogar in Verbindung zum Rechtsstaatsprinzip, ohne die bedenklichen Auswirkungen der durchgängigen Hierarchie auch nur anzusprechen. Zur Rspr. des BVerfG (E 9, 268 ff.) vgl.o. S. 86, 90.

361) Vgl.o.S.92 (Betriebsverhältnis); der von falscher interner Führung mitbetroffene Bürger hat ebenfalls keine Durchgriffsmöglichkeit gegen sog. Verwaltungsinterna. Nur Art. 34 GG und die Untätigkeitsklage bieten einen begrenzten Rechtsschutz. Zur Remonstrationspflicht vgl.o.S.88

362) Zur "Leitbildwirkung" des Art. 33 Abs.5 vgl.o.S.33 ff.

363) Vgl. meine Ausführungen oben S.7 - 11

364) Im Ergebnis übereinstimmend LEISNER, Mitbestimmung, S.38: "Schwerlich würde sich..ein allgemeines Rechtsprinzip nachweisen lassen, nach dem es im öffentlichen Dienst nur oder vor allem hierarchische Einflußnahme von oben nach unten geben müsse."

IV. KAPITEL

DAS BERUFSBEAMTENTUM UND DIE GRUNDGESETZLICHEN STAATSZIELE: AUSLEGUNGSLEITENDE MOMENTE FÜR ART. 33 V GG ?

I. DIE NOTWENDIGKEIT EINES ERWEITERTEN INTERPRETATIONSANSATZES

Im letzten Kapitel habe ich versucht, anhand der wichtigen traditionellen Unterscheidungsmerkmale eine schärfere Konturierung des Berufsbeamtentums als Institution unserer Verfassung zu erreichen. Diese Merkmale, die als "Kernbestand von Strukturprinzipien" (1) gerade die nach der Rechtsprechung des BVerfG entscheidende institutionelle Seite des Berufsbeamtentums betreffen, erwiesen sich - jedenfalls so, wie sie von der hM entwickelt wurden - als ungeeignet zur Beschreibung der verfassungsrechtlichen Stellung des Berufsbeamtentums. Auffallend war insbesondere der mangelnde Bezug zu demokratischen Ordnungsvorstellungen und eine starke Tendenz zur verfassungsrechtlichen Exterritorialität (2).

Von der geschilderten Ausgangsposition, die eine Bestimmung, keine Neubestimmung der verfassungsrechtlichen Stellung des Berufsbeamtentums versuchen will³⁾, wird ein Auffangen der erkannten desintegrativen Tendenz des Art. 33 Abs. 5 GG gefordert. Es ist deshalb nötig, allgemeinere, durchgängige Aspekte des Art. 33 Abs. 5 GG herauszuschälen und sie mit den einschlägigen Staatszielbestimmungen des GG in Beziehung zu setzen.

Hiermit soll versucht werden, auslegungsleitende Momente für die Bestimmung zu gewinnen. Falls dies gelingt, könnte Integration (Einbau in die Verfassung) geleistet werden. Die Konsequenz wäre eine abgesicherte Interpretation auch der einzelnen "hergebrachten Grundsätze".

Ein derartiges Verfahren, das sich also um die Freilegung der "Direktive" des Art. 33 Abs. 5 bemüht⁴⁾, wäre nur zulässig - dann aber auch erforderlich - wenn Art. 33 Abs. 5 GG zum "dirigierenden Teil" der Verfassung⁵⁾ zählte. Wenn man Art. 33

1) BVerfGE 8,332

2) Vgl. isbs. die Zusammenfassungen oben S. 49 , 61 f., 69, 84, 94.

3) Vgl.o. S.1; die desintegrative Tendenz der Norm kann allerdings dazu führen, sie bei Reformvorschlägen unberücksichtigt zu lassen, vgl. THIEME, Gutachten 48.DJT, D 13 f.,74.

4) Vgl. oben S. 11 f.

5) Hierzu LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 63 ff.

Abs. 5 lediglich als Ausgrenzung begriffe, fehlte es am spezifischen Spannungsverhältnis zwischen dieser Norm und anderen dirigierenden Normen.

Mit der methodischen Seite dieses Problems hat sich ausführlich das I. Kapitel befaßt. Auf die dort angeführte Literatur, die ganz überwiegend Art. 33 Abs. 5 als dirigierende Norm begreift, und auf die kritischen Ausführungen zum "harmonisierenden" und "spezialisierenden" Ansatz kann deshalb verwiesen werden (6).

Eine Reihe von Tendenzen, die den Konflikt dirigierender Inhalte verdeutlichen und damit die Notwendigkeit eines erweiterten Ansatzes unterstreichen, müssen jedoch an dieser Stelle noch angesprochen werden:

Aus der schon ausführlich abgehandelten⁷⁾ Entstehungsgeschichte verdienen folgende Punkte besondere Beachtung:

- (1) Politisch wollte man mit Art. 33 Abs. 5 eine Kontrastnorm gegenüber der Abschaffung des traditionellen Beamtentums in der damaligen SBZ schaffen (8).
- (2) Der Versorgungsgedanke spielte drei Jahre nach dem Ende des II. Weltkriegs eine große Rolle (9).
- (3) Art. 33 Abs. 5 ist eine der wenigen Normen, die als Absicherung von Gruppeninteressen zu werten ist. Dem kam die Zusammensetzung des Parlamentarischen Rates in nahezu idealer Weise entgegen (10).
- (4) Die verfassungsrechtliche Diskussion betraf (mit Ausnahme des späteren Art. 33 Abs. IV GG) kaum größere Zusammenhänge.

Die Richtung der Norm in diesem Bereich, also die politisch (und interessenmäßig) motivierte Grundsatzentscheidung für das traditionelle Beamtentum, "stimmt" nicht mehr; entscheidend dazu beigetragen hat neben der Veränderung der politisch-sozialen Verhältnisse die Rechtsprechung des BVerfG, die die Institution und ihre verfassungsrechtliche Durchleuchtung bald stark in den Hintergrund treten ließ.

-
- 6) Oben S. 6-12 m.N.; nachzutragen LERCHE, Übermaß, S. 63
 - 7) Vgl. JÖR n.F. 1, 314 ff; SÖRGEL, Konsensus und Interessen, S. 120 ff; WÄCKE in Neues Beamtentum, S. 152 ff; THIEME, Der öffentliche Dienst, S. 29 ff; DERS., Aufgabenbereich, S. 22 ff; ULE in Juristenjahrbuch 2 (61/62), 212 ff. u.v.a.
 - 8) SÖRGEL aaO; JÖR n.F. 1 aaO; Konsensus herrschte zwischen CDU, FDP, SPD (Abg. Strauß, Reif, Wagner); vgl. auch JUNG, Zweispurigkeit, S. 140
 - 9) MENZEL DÖV 69, 513, 522; SÖRGEL, Konsensus, S. 130 ff.
 - 10) 60% der Mitglieder des Parl. Rates waren aktive oder ehemalige Beamte; vgl. SÖRGEL aaO, 122 mit N.

Nach anfänglichem Zögern hat das BVerfG "grundrechtsähnliche Individualrechte" aus Art. 33 Abs. 5 abgeleitet (11). Die damit eröffnete Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde wurde seitens der Beamten reichlich genutzt.

Diese Verlagerung des Schwerpunkts auf die Individualrechte hat unglückliche Folgen nach sich gezogen, die als Zersplitterung zu kennzeichnen wären.

Nach einer Aufstellung von ULE enthält z.B. das BRRG zehn (oder elf) hergebrachte Grundsätze (12). Mit diesen zehn oder elf hergebrachten Grundsätzen ist es aber nicht getan: nach über 20 Jahren Rechtsprechung ist eine diffuse Streuung zu konstatieren, die ihresgleichen sucht. Der BGH hat z.B. entschieden, daß "die Verpflichtung des Dienstherrn, den Beamten und Richtern in Krankheits-, Geburts- und Todesfällen angemessene Beihilfen zu gewähren" zu "den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums gehört" (13). Nicht hingegen gehört nach einem Urteil des Hess. VGH "das Recht, eine einmal verliehene Amtsbezeichnung auf jeden Fall zu behalten" zu den Grundsätzen (14). Derartige Auswüchse bestätigen nachträglich die Befürchtungen des Abgeordneten Wagner (SPD), der bei den Beratungen im Parlamentarischen Rat äußerte: "Ich weiß nicht, ob wir mit einer solchen Bestimmung im Grundgesetz Bindungen schaffen, die für die Dauer nicht gut sind." (15)

Es wäre aber wohl unrichtig, diese Zersplitterung ¹⁶⁾ allein der Rechtsprechung anzulasten. Die Gerichte sind bei der gegenwärtigen Verfassungslage gezwungen, auch über Trivialitäten verfassungsrechtliche Wertungen zu treffen.

Offenbar hat also Art. 33 Abs.5 GG eine in diese Zersplitterung mündende, eigenartige Struktur. Die Ursachen für die Verschärfung dieses Strukturzuges - oder aber seine mögliche Milderung - sollen anhand der durch Art. 79,III vor Änderung geschützten Staatszielbestimmungen überprüft werden, die sich wegen ihrer Fundamentalität, aber auch wegen ihres Ranges ¹⁷⁾ hierzu besonders anbieten. Geeignet erscheint vor allem die ausgeprägte Wertung (Fundamentalnorn) für den Sozialstaat aus zwei Gründen:

- (1) Zunächst hat das Berufsbeamtentum gerade im Bereich dieser Staatszielbestimmung ihr Hauptarbeitsfeld (vgl.o. S. 15-24).

11) Noch zögernd BVerfGE 3,288(333); 4,205,210; seit E 8,1 ständige Rechtsprechung.

12) ULE, Beamtenrecht (1970) § 1 BRRG, Rd. 10

13) BGH DVBl. 59,76

14) Hess VGH ZBR 59,29

15) In JÖR n.F.1, S.315

16) Vgl. das Eingangszitat von MAUNZ-DÜRIG-HERZOG am Beginn dieser Arbeit (S.1).

17) Vgl. auch ISENSEE, Beamtenstreik, S. 63, der aber der Sozialstaatsklausel kein spezifisches "Instrumentarium" zugeordnet sieht (aaO S. 131).

- (2) Daneben wird anhand des Sozialstaatsgedankens die Diskontinuität des Verfassungsrechts besonders deutlich. Dies erfordert aus schon erwähnten Gründen, den strukturellen Bezug zur "traditionalen" Norm des Art. 33 Abs. 5 zu beleuchten (18).

Das Letzte ist weiter zu verdeutlichen: die Sozialstaatsklausel stellt jedenfalls in jenem Bereich, aus dem der Gesetzgeber und die Verwaltung "kontinuierliche Aufträge zur "Sozialgestaltung" entnehmen muss", die bedeutsamste Erscheinung einer als Staatszielbestimmung oder Verfassungsauftrag zu bezeichnenden Grundsatznorm dar¹⁹⁾. Die Verfassungsbestimmung kann weiter als "progressiv" gekennzeichnet werden, weil sie in besonders eindeutiger Weise für "Offenheit" sorgt:

"Exception faite de dispositions techniques, le texte constitutionnel oriente plus qu'il ne prescrit, indique plus qu'il ne commande et montre la voie plus qu'il ne l'impose. Aux pouvoirs constitués il ouvre des options plutôt qu'il n'intime des ordres précis." (20)

Die Offenheit ist demnach nicht "beliebig"; die Sozialstaatsklausel zeigt Gesetzgeber und Verwaltung einen Weg, eine Richtung, der u.a. auch dadurch gekennzeichnet ist, daß er im Gegensatz zur WRV steht, also "neuartig" ist und damit Diskontinuität (zur vorausgegangenen geschichtlichen Epoche) herstellen soll²¹⁾.

18) Vgl. oben I. Kapitel, S. 12 f.

19) Vgl. LERCHE, Übermaß S. 63; MENZEL BÖV 69, 1,5

20) André MAST, Introduction au droit constitutionnel comparé Hekt. Manuskript Strasbourg 1970, S. 54 (Hrsg: Faculté internationale pour l'enseignement du droit comparé).

21) An dieser Stelle kann nicht versucht werden, die Progressivität der Sozialstaatsklausel über ihre geschichtliche Nichtbeliebigkeit hinaus weiter zu verdeutlichen. Bereits diese Nichtbeliebigkeit verbietet es jedoch, aus der Sozialstaatsklausel eine unbegrenzte Offenheit für die "unabsehbaren Entwicklungen einer freien Gesellschaft" abzuleiten (so ISENSEE, Beamtenstreik 130 f.). Eine so relativierte Sozialstaatsklausel wird zur inhaltsleeren Ordnungsvorstellung und beliebig "den allgemeinen staatlichen Mitteln" verfügbar; aufschlußreich denn auch, daß aus der organologischen Sicht ISENSEES der Sozialstaat seines "obrigkeitlichen Repertoires" bedarf, "um seinen Ordnungsauftrag gegenüber den gesellschaftlichen Kräften (?) durchzusetzen" (aaO, 131). Zur Kritik an derartigen Vorstellungen vgl. bereits oben S. 17-31 und 44 ff.

Demgegenüber knüpft Art. 33 Abs. 5 ausdrücklich an eine Rechts-tradition an. Näher zu untersuchen ist hierbei die Frage, ob diese Tradition auch "verpflichtendes und beschränkendes Richt-maß" bleiben, d.h. selbst zum dirigierenden Impuls werden soll-te²²⁾. Normen der dirigierenden Verfassung, die solche "Zemen-tierung" beabsichtigen, möchte ich retrospektiv nennen.

Sozialstaat und hergebrachte Grundsätze sind beides Teile der dirigierenden Verfassung. Ihre verschiedenen Strukturen tref-fen im Arbeitsgebiet der Verwaltung, das sich in den Bereich des Sozialstaats verlagert hat, aufeinander. Die Interpreta-tion muß deshalb um die Klärung eines so aufgegebenen Zusammen-hangs bemüht sein.

II. ART. 33 ABS.5 GG UND SOZIALSTAAT

(1) Retrospektivität und Progressivität

Wenn nach allgemeiner, wenn auch nicht sehr präziser Meinung die Verwaltung (und damit das Berufsbeamtentum) im Bereich des sozialen Rechtsstaats legitimiert wird²³⁾, scheint vorder-gründig ein echtes Konkurrenzproblem zwischen den hergebrach-ten Grundsätzen und dem Sozialstaatsprinzip nicht notwendig entstehen zu müssen. Man könnte annehmen, daß quasi durch das Sozialstaatsprinzip eine "neue" Legitimierung des Berufsbeam-tentums geschaffen worden sei²⁴⁾, und die "hergebrachten Grund-sätze" - die offenbar auf eine geschichtliche Epoche zurück-datieren, die weder den Begriff noch den wesentlichen Inhalt des Sozialstaats kannte²⁵⁾ - damit wenig zu tun hätten. So könnte auch eine gewisse Berechtigung für deren "Eigenleben" gefunden werden.

22) Das wörtliche Zitat ist dem Beschluss des Zuständigkeits-ausschusses entnommen, (vgl. SÖRGEL, Konsensus S. 128 m.N.)

23) Vgl. HESSE, Grundzüge³, S. 200; vgl.o. S. 15 ff. m.N.
Die mangelnde direkt-demokratische Legitimation der Be-amten zwingt geradezu zu dieser Annahme.

24) Dies klingt an bei LEISNER, Grundlagen S. 24

25) Weder Lorenz v. STEIN's - obwohl nicht genügend ausgewerte-ten - Ideen vom "sozialen Königtum" noch etwa Bismarcksche Gedanken zum patriarchalischen "Staatssozialismus" entspre-chen der realen politischen Durchsetzung sozialstaatlicher Inhalte im Führungskreislauf des GG. Z.T. aa KIMMINICH, Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 450

In der Tat wird ein Teil der Diskussion über den Art. 33 Abs. 5 von dieser Denkhaltung bestimmt: wenn allgemein konzidiert wird, daß es dem Gesetzgeber frei stünde, "neue" Grundsätze des Berufsbeamtentums zu entwickeln²⁶⁾, deutet dies auf eine von den Grundsätzen losgelöste Legitimierungsgrundlage hin. Gerade das BVerfG hält sich jedoch eng an die als unzutreffend erkannten Kategorien der Stabilität, Neutralität und Kontinuität, um aus diesen hergebrachten Grundlagen heraus das Berufsbeamtentum verfassungsrechtlich abzusichern.²⁷⁾ Eine "neue" Legitimierung wird nicht versucht - was aus gleich zu erörternden Gründen auch unzulässig wäre -, der Konflikt ist jedoch gegenwärtig.

"Das Grundgesetz beläßt..in Art. 33 Abs. 5 GG dem Bundesgesetzgeber grundsätzlich einen weiten Ermessensspielraum, um die Beamtengesetzgebung den Erfordernissen des freiheitlichen demokratischen Staates und seiner fortschrittlichen Entwicklung anpassen zu können. Andererseits gewährt er nicht etwa völlige Regelungsfreiheit. Der einzelne hergebrachte Grundsatz ist vielmehr in seiner Bedeutung für die Institution in der freiheitlichen, rechts- und sozialstaatlichen Demokratie zu würdigen; davon hängt ab, in welcher Weise und in welchem Ausmaß er zu beachten ist." (28)

In dieser Entscheidung des BVerfG wird - insofern parallel zum "harmonisierenden Ansatz"²⁹⁾ - nicht deutlich, warum überhaupt "Ermessen" eingeräumt werden muß. So eindeutig das Vorhandensein von Konfliktstoff zwischen Beamtengesetzgebung (Art. 33 Abs. 5 GG) und "fortschrittlicher Entwicklung" (Sozialstaatsgedanken) aus der Entscheidung zu entnehmen ist, so wenig wird andererseits deutlich, wieso daraus ein Anpassungszwang (weiter Ermessensspielraum) abgeleitet werden kann. Die Entscheidung besagt zunächst nur, daß der bestehende, aber nicht beschriebene ("grundsätzlich") Konflikt zweier Direktiven zu Lasten von Art. 33 Abs.5 gelöst wird. Aber:

"Erst die stetig leitende, sich immer von neuem aktualisierende Direktive kann "vollzogen" werden und schafft zugleich

26) Vgl. BVerfGE 7,155,162; 11, 215

27) Oben S. 50 ff. m.N. zur Rspr. des BVerfG

28) BVerfGE 8,1,16; vgl. BVerfGE 9,268,286. Hervorh. v. Verf.

29) Dazu bereits oben S. 8 f.

jenes stetig eingrenzende Element, das es uns erlaubt, positiv gewendet von Ermessensfreiheit zu sprechen" (30).

Daß Art. 33 Abs. 5 GG nur eine vorläufige Garantie des Beamtentums in seiner "hergebrachten" Gestalt beinhalte, ist meines Wissens zuletzt 1951 vorgebracht worden;³¹⁾ seitdem ist die ständige Aktualisierung, d.h. die Weiterwirkung der hergebrachten Grundsätze auf das Beamtenrecht - auch nach Inkrafttreten des BRRG, des BBG und der Länderbeamtengesetze - nicht mehr in Frage gestellt worden. Dies bedeutet, daß Art. 33 Abs. 5 so zu lesen ist:

Das Beamtenrecht ist (auch in Zukunft) unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze zu regeln.

Der insoweit als Interpretationsschranke unübersteigbare Wortlaut³²⁾ sowie das (korrekte) Verständnis des Art. 33 Abs. 5 als einer dirigierenden Norm ergibt als Direktive die traditionellen Grundsätze. Deshalb hat auch die Ermessensfreiheit im Rahmen des Art. 33 Abs. 5 zunächst ausschließlich historische Dimensionen. Es ist aus Art. 33 Abs. 5 nicht der geringste Anhaltspunkt für ein Ermessen (schon gar nicht ein "weites") zur Anpassung der Grundsätze an die Staatszielbestimmungen zu entnehmen, wie das BVerfG und die hL annimmt.

Im übrigen übt das BVerfG bei seinen Entscheidungen (nachvollziehend) de facto auch in der Hauptsache dieses "historische Ermessen" aus: die Hauptarbeit des Gerichts liegt regelmäßig im historischen Teil. Besonderen Wert legt es dabei auf die Frage, ob traditionelle Rechtssätze so stark verfestigt waren, daß sie als "Grundsätze" anerkannt werden können.

Die Tradition ist also in der Tat "verpflichtendes und beschränkendes Richtmaß", Art. 33 Abs. 5 GG also eine retrospektive Norm³³⁾. Da Art. 33 Abs. 5 das gesamte Beamtenrecht meint, die Institution der Intention nach sogar im Vordergrund steht, ist auch eine "neue" verfassungsrechtliche Legitimierung des Beamtentums nicht möglich³⁴⁾. Ganz allgemein wird jedoch ver-

30) LERCHE, Übermaß S. 66

31) Und zwar von KESSLER auf dem 39. DJT, Verhandlungen Teil D S. 102 ff., 158; vgl. auch GAUF ZBR 61, 97 ff mit Wiedergabe des damaligen Meinungsstandes.³

32) Vgl. zum Problem HESSE, Grundzüge, S. 14 f.

33) Vgl. o. S. 99 34) Vgl. o. S. 100. Die "alte" Legitimierung (Stabilität-Kontinuität-Neutralität) ist hergebrachter Grundsatz, vgl. o. S. 50 ff.

sucht, dieser unangenehmen Konsequenz aus dem Wege zu gehen.

Von den Versuchen, in Art. 33 Abs.5 ein Stück "Gegenstruktur"³⁵⁾

- nämlich die Fortentwicklung im Sinne des sozialen Rechtsstaats - hineinzudeuten, scheiden zunächst die bereits behandelten methodischen Versuche aus³⁶⁾.

Ohne Relevanz sind auch die alten Auseinandersetzungen über das Wort "berücksichtigen":

GREWE hatte - offenbar im Bemühen der Vermeidung eines frühzeitigen Ekklats - stark den philologischen Unterschied zwischen "berücksichtigen" und beachten betont. Dem sind mehrere Autoren gefolgt (37), die hieraus entweder eine Unterscheidung in "zu berücksichtigende" und (strikt) "zu beachtende" Grundsätze ableiteten, oder der ganzen Vorschrift größere *souplesse* zuschrieben. Im Ergebnis kommt diese Relativierung der Auffassung des BVerfG nahe, das zwar in seinen jüngeren Entscheidungen ausschließlich den Ausdruck "beachten" verwendet (38), ihn aber in der eingangs (S.100) geschilderten Weise abschwächt.

Die bekannten Bedenken gegen diese Auffassung sind hier nur kurz zu referieren. Art. 33 Abs.5 spricht deutlich genug aus, daß "alle hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums auch in der Zukunft erhalten bleiben müssen" (39). Ein unverbindliches "Berücksichtigen", das implizit die Möglichkeit des Außer-Acht-Lassens mitenthält, ist dem Grundgesetz überhaupt fremd. Diese Bedenken führen auch bei den Anhängern dieser Auffassung dazu, daß sie für die zu "beachtenden" Grundsätze "ein Verbot der Weiterentwicklung und Modifizierung" reklamieren müssen (40).

Die Auseinandersetzungen sind jedoch vor allem deshalb bedeutungslos, weil eine wie auch immer geartete Abschwächung der Direktive niemals ihre Richtungsänderung zur Folge haben kann: aus der traditionellen Direktive wird kein Gebot zur Neuordnung des Beamtenrechts iSd vom BVerfG zitierten "fortschrittlichen Entwicklung". Eine so gewaltsam "verfassungskonforme Auslegung"⁴¹⁾ verzichtet auf Auslegung und setzt an ihre Stelle die Auflösung der Norm, ehe überhaupt mögliche Konkurrenzen

35) Zum Begriff HESSE, Die normative Kraft der Verfassung (1959) S. 14

36) Oben S. 8 ff.

37) GREWE, Verhandlungen des 39. DJT, S. D 16; THIEME, Der öffentliche Dienst, S. 42 f. m.w.N.

38) BVerfGE 7,162; 8,16 ff; 9,268,286; 11,203,215; 156,167,195; 21, 329; 22,421; 26, 72,79,93,160

39) Zutr. MAUNZ-DÜRIG-HERZOG Art. 33 Rd. 58

40) THIEME, Der öffentliche Dienst, S. 43

41) Auf die Verwandtschaft zwischen "verfassungskonformer Auslegung" und Nichtigerklärung macht PESTALOZZA AöR 96 (1971), S. 27 (52f.) aufmerksam.

geprüft wurden.

Das Problem der "verfassungskonformen Auslegung" kann sich erst dann stellen, wenn der gemeinte und ausgedrückte Sinn der dem Art. 33 Abs.5 zugrundeliegenden Direktive erschlossen wurde. Dieses Verfahren steht nicht im Widerspruch, sondern ist die Konsequenz der postulierten "Einheit der Verfassung" (S. 6 ff.). Wer den Art. 33 Abs.5 als Einrichtungsgarantie für das Berufsbeamtentum begreift, aber nur "insoweit, als es (sc.. das Berufsbeamtentum) sich in seiner hergebrachten Gestalt in den Rahmen unseres heutigen Staatslebens einfügen läßt" (42), mag zwar im Ergebnis Recht behalten; als "Einstieg" in die Erschließung der Rechtsnatur des Art. 33 Abs.5 ist dieses Verfahren aber nicht geeignet: erst wenn die spezifische Direktive der Norm erkannt ist, kann "Konkurrenz" entstehen.

Begreiflicherweise müssen deshalb auch Versuche scheitern, über eine Art "Wesensgehaltsgarantie"⁴³⁾ oder über einen "Typusbegriff"⁴⁴⁾ zu einer dem Art. 33 Abs.5 immanenten "Gegenstruktur" zu gelangen. Bei dieser Vorgehensweise ist überdies fraglich, ob sie überhaupt eine Abschwächung der Direktive nach sich zieht: der so gewonnene harte "verfassungsrechtliche Kristallisationskern"⁴⁵⁾ muß erst recht - in besonders "reiner" Form - die traditionelle Direktive erkennen lassen!

Die Tendenz der Norm, die wir Retrospektivität nannten, wird in aller Regel auch angesprochen:

"Abs. V unternimmt also den für jede Verfassung charakteristischen und zugleich gefährlichen Versuch, den status quo rechtlich zu fixieren. Mehr als in anderen Bestimmungen des Grundgesetzes kommt hier ein konservierender Zug zum Ausdruck"(46).

Art. 33 Abs. 5 GG ist sogar die einzige retrospektive Norm des Grundgesetzes. Zwar haben fast alle Normen des Grundgesetzes historische Anknüpfungspunkte⁴⁷⁾, keine verlangt je-

42) GAUF ZBR 61,97,98 unter Berufung die hM

43) ISENSEE S. 54 m.N.; nicht ganz eindeutig JUNG, Zweispurigkeit, S. 93 und S. 189. Die Bemühung des Wesensgehalts ist m.E. schon wegen der Formulierung der Vorschrift ("Grundsätze") unnötig. Vgl. M-D-H, Art. 33 Rd. 53

44) ISENSEE, Beamtenstreik S. 53 f.

45) ISENSEE, aaO S. 54

46) M-D-H, Art. 33 Rd. 61; vgl. HAMANN-LENZ Art. 33 A 1

47) Insofern hat STERN (48. DJT S. 0 61) natürlich recht, wenn er den Anknüpfungspunkt für die klassischen liberalen Grundrechte noch weiter zurückdatiert (1848).

doch das Festhalten an einer vorkonstitutionellen Rechts-
tradition mit gleichzeitig unbedingtem Anspruch auf Modifizie-
rungsverbot, tendenziell also auch gegen die überragenden
Staatszielbestimmungen.

Der gelegentlich gezogene Vergleich mit Art 140 GG⁴⁸⁾ - der
bekanntlich älteres Recht (Art. 136-139, 141 WRV) wörtlich
übernimmt - ist schon deshalb unzutreffend, weil Art. 136 ff.
WRV gerade nicht Teil der dirigierenden Verfassung ist. Art.
136 ff. WRV stellen sich als Bestimmungen dar, die "Ausgren-
zungen, Zusicherungen, Abgrenzungen und Zusprachen" (49) vor-
nehmen. In Art. 137 WRV heißt es z.B.: "Es besteht keine Staats-
kirche". Es heißt dort eben nicht: Das Verhältnis zwischen Staat
und Religionsgesellschaften ist (auch in Zukunft) auf einer dem
Herkommen entsprechenden Rechtsgrundlage zu regeln.
Die "allgemeinen Regeln des Völkerrechts" können ebenfalls
nicht zum Vergleich herangezogen werden (50): dort fehlt die
nach "rückwärts" gerichtete Direktive.

Wenn die Tendenz dieser einzigen retrospektiven Norm des GG
auch angesprochen wird, so wird doch ohne Ausnahme "vorbeu-
gende Konfliktsverdrängung"⁵¹⁾ betrieben, etwa nach dem Motto
"was nicht sein darf, kann nicht sein". Bei MAUNZ-DÜRIG-HER-
ZOG heißt es etwa im Anschluß an das obige (S.103) Zitat:

" Das alles kann (!) jedoch einer Fortentwicklung (auch der
hergebrachten Grundsätze) nicht entgegenstehen - ganz abgese-
hen davon, daß die Rechtswirklichkeit immer in Bewegung ist"(52).

Bei HAMANN-LENZ wird zunächst die unzutreffende Parallele zu
Art. 138,140,141 GG gezogen. Die Besonderheit, daß an das "Her-
kommen angeknüpft wird", vermöge aber "nichts daran zu ändern,
daß dem grundlegenden Wandel des Staatsdenkens, den das GG mit
sich gebracht hat, auch im Beamtenrecht Rechnung getragen wer-
den muß" (53). Später heißt es: "Art. 33 Abs. 5 hindert den
Gesetzgeber nicht, die hergebrachten Grundsätze der neuen Ver-
fassungsordnung und der gewandelten Stellung in der demokra-
tischen Gesellschaft anzupassen und neu zu gestalten... Die
Entscheidung des GG für den demokratischen Sozialstaat ver-
bietet es, Art. 33 V als status-quo Garantie zu deuten"(54).

Sicher "darf" Art. 33 Abs. 5 im Ergebnis nicht gegen das über-

48) JÜSGEN DÖV 51, 474, der Art. 140 offenbar sogar für strik-
ter hält. Die "Striktheit" ergibt sich aber bereits aus
dem fehlenden Ermessen bei nicht-dirigierenden Normen!
Den Vergleich zieht auch STERN, 48. DJT, S. 0 61

49) Zitiert sind die von LERCHE, Übermaß, herausgearbeiteten
Kriterien (S. 86).

50) Nachweise hierzu bei M-D-H Art. 33 Rd.77 FN 5

51) Hierzu bereits oben S.9 im Zusammenhang mit dem "harmo-
nisierenden" Ansatz.

52) M-D-H Art. 33 Rd. 61, der im Anschluss gerade den Einfluß
der "Rechtswirklichkeit" heraushebt.

53) HAMANN-LENZ Art. 33 A 1 54) HAMANN-LENZ, Art. 33 B 6
Hervorhebungen im Text

ragende Staatsziel "Sozialstaat" verstoßen. Der Weg dorthin ist aber zunächst zu verfolgen, und zwar unter eindeutiger Herausstellung der dem Art. 33 Abs. 5 GG innewohnenden Direktive, und unter Verzicht auf ein vorschnelles Festmachen am Rettungsanker der "Rechtswirklichkeit"⁵⁵⁾.

Der retrospektive Charakter unserer Norm legt zwar den Verdacht einer desintegrativen Tendenz nahe⁵⁶⁾: dies ist jedoch kein Schaden für die Untersuchung. Zum einen verspricht die mögliche Konkurrenz zum "progressiven" Sozialstaatsgedanken⁵⁷⁾ klarere Ergebnisse und womöglich auch schlüssige Aussagen zu der bereits erkannten Zersplitterung der Norm, für die wir die Rechtsprechung allein nicht verantwortlich machen konnten⁵⁸⁾; zum andern sind retrospektive Normen keinesfalls von Haus aus als unzulässig anzusehen.

Zunächst besteht die Möglichkeit, daß gewisse im Beamtenrecht "traditionelle" Momente (z.B. die Entlassung nur im Rahmen eines förmlichen, gerichtsähnlichen Verfahrens) durchaus den Erfordernissen des freiheitlichen, sozialen und demokratischen Rechtsstaates entsprechen, ja sogar heute noch für seine weitere Entwicklung richtungsweisend sein können. Ferner sind auch zulässige Ausdifferenzierungen der Staatszielbestimmungen⁵⁹⁾ denkbar, denen die hergebrachten Grundsätze (noch) entsprechen. Hier wird allerdings der Druck der Staatszielbestimmungen nicht gebremst: der Zeitfaktor bringt neue Ausdifferenzierungen hervor, die sich nach ihrer Durchsetzung im Führungskreislauf des GG als legitim ausweisen können. Frühere Ausdifferenzierungen werden dann u.U. hinfällig.

55) Vgl. M-D-H Art. 33 Rd. 61 f.; gleichermaßen ungeeignet ist der Versuch JUNGs, den Widerspruch zwischen Norm und Realität schon im Ansatz zu negieren und als "Verfassungswirklichkeit" nur die "Aufnahme und Erfüllung der normativen Verfassung" zuzulassen (Zweispurigkeit, 105). Damit wird "Verfassungswirklichkeit" zur "geglückten" Umsetzung von Normen in die Realität. Maßstab hierfür?

56) Vgl. oben S. 6 ff.

57) Es ist kein Zufall, daß HAMANN-LENZ auf die Erwähnung des "Rechtsstaats" verzichtet (S. 104 unten); offenbar bietet diese eher traditionelle Staatszielbestimmung weniger Konfliktstoff; vgl. bereits S. 8 N 44

58) Vgl. oben S. 97

59) Vgl. oben S. 11

(2) Funktionsvorbehalt und Sozialstaat

Auf ~~den~~ Ausführungen an anderer Stelle, die eine Schwäche des hergebrachten Funktionsvorbehalts ergaben, wird aufgebaut (60). Das Spannungsverhältnis zwischen Sozialstaat und Funktionsvorbehalt ist in der Verfassungswirklichkeit längst zugunsten des Sozialstaates entschieden. Die theoretische Fundierung für diese Entwicklung fehlt jedoch.

Wir begegnen hier der bekannten Erscheinung, daß das BVerfG gerade im Bereich der "Grundentscheidungen des Grundgesetzes" größte Zurückhaltung übt⁶¹⁾. Im Bereich des Art. 33 Abs. 5 kommt hinzu, daß die unzulässige Interpretation der hL im Ergebnis auf eine fast beliebige Dehnbarkeit der Norm hinausläuft, und somit das Gericht wenig Anlaß zur Beschäftigung mit diesen Problemen hatte⁶²⁾.

Im neugewonnenen Rahmen der Retrospektivität und Progressivität der beiden Direktiven wird die Entwicklung jedoch verständlich: der Funktionsvorbehalt hat weder antizipatorische Momente noch ist er ohne Verlust an Substanz als zulässige Ausdifferenzierung zu begreifen.

Wir konnten bereits feststellen, daß der progressive Verfassungsauftrag "Sozialstaat" Auswirkungen auf Aufgaben und Aufgabenerfüller hat. Abgelehnt wurde die einseitige Ausrichtung auf den technologischen Fortschritt und den damit "zwangsläufig" einherschreitenden Zuwachs an Aufgaben der "Daseinsvorsorge". Entscheidendes Gewicht wurde vielmehr darauf gelegt, daß durch die Verfassungsordnung des GG erstmals ein - wenn auch großen tatsächlichen Abweichungen unterworfenes - Instrument geschaffen wurde, das die Durchsetzungschance der Bedürfnisse der "Gesellschaft" garantiert (vgl.o.S. 23 ff.). Mit Teilinhalten der Sozialstaatsklausel deckungsgleich (63) erwies sich eine Fülle der so legitimierten Aufgaben der Verwaltung. Die Verwaltung als Vollzugs- und Planungsinstitution dieses progressiven Staatsziels ist hier vor allem mit Aufgaben befaßt, die eine Beseitigung oder Linderung dysfunktionaler gesellschaftlicher Entwicklung anstreben (z.B. Wohngeld, Rentenanpassung, Ausbildungsförderung, kompensatorische Erziehung, Subventionen usw.), andererseits aber auch - hier vorwiegend im planerischen Bereich - mit der Schaffung neuer sozialer Ordnungsschwerpunkte (z.B. Betriebsverfassung, Vermögensbildung, Mitbestimmung, Vergesellschaftung).

60) Oben S. 37 - 49

61) Vgl. nur BVerfGE 5,85 (198,206,336,379); 6,32,41; 18,257, 273; 22,180, 240

62) Darüber hinaus ist Art. 33 Abs. 4 selbst mit einem doppelten Vorbehalt ausgestattet.

63) Zu diesen Teilinhalten vgl. LERCHE, Übermaß, S. 231 ff. und HESSE, Grundzüge, S. 81 ff.

Eine der Direktive des Art. 33 Abs. 5 entsprechende Auslegung des Funktionsvorbehalts müßte zwangsläufig zu einem Ausschluß der Berufsbeamten aus diesem immer wichtiger werdenden Bereich der öffentlichen Verwaltung kommen, und zwar fortschreitend, d.h. aber der verfassungsrechtlich abgesicherten Entwicklung des Sozialstaats negativ-entsprechend.

Diese Auslegung gerät - gleichermaßen sich verschärfend - in eine immer härter werdende Kollision mit dem Sozialstaatsprinzip. Sie trennt deshalb immer stärker das Berufsbeamtentum von seiner Legitimierungsgrundlage, als welche der Sozialstaat in Anspruch genommen werden muß⁶⁴⁾, ab.

Nun ist aber kaum zu bestreiten, daß die Abwehr illegitimer Einflüsse eine der Hauptaufgaben der Verwaltung ist, diese Abwehr sich aber heute gerade im Bereich "nichthoheitlicher Tätigkeit", also im Bereich der Sozialordnung und Wirtschaftsverfassung konzentrieren muß (65). Eine so verstandene "Neutralität" hätte auch heute ihren guten Sinn, obwohl sie alles andere ist als "obrigkeitliches Walten" oder "richterähnliche Dezision".

Die relativierende Interpretation des Funktionsvorbehalts (ohne Funktionssperre) ist vor allem ein Versuch, die Teilhabe des Berufsbeamtentums an den sozialstaatlichen Zielen und damit seine Legitimierung zu sichern. Dieser Versuch kann nur unter Verzicht auf die von Art. 33 Abs. 4 und 5 angestrebte und aufrechtzuerhaltende "funktionale" Trennung von Arbeitnehmern und Beamten im öffentlichen Dienst gelingen⁶⁶⁾. Diese Anpassung der "schwächeren" an die "stärkere" Direktive kann niemals als "Ausdifferenzierung" des Sozialstaats begriffen werden; sie ist Folge der mangelnden Zuordnung der beiden Direktiven.

64) vgl. oben S. 15 ff., 99 (jeweils m.N.); die Notwendigkeit, bei der Legitimierung des Berufsbeamtentums über den "Rechtsstaat" hinauszugehen, ist allgemein anerkannt und schon wegen der im GG exemplarisch ausgebauten Rechtsprechung notwendig; dazu noch ausführlich unten III.

65) So mit Recht RONNEBERGER, Der Staat 2/1963, 129 ff., 150 f. m.w.N.; vgl. auch BVerfGE 5, 198; LEISNER, Grundlagen S. 51 f., der daraus aber eine Erweiterung des Berufsbeamtentums fordert. LEISNER substituiert so der hergebrachten "Neutralität" eine funktionsfremde Grundlage.

66) Bezeichnenderweise ergreift die beamtenrechtliche "Sperrzone" bei ISENSEE (Beamtenstreik, 101 ff.) denn auch nur - verfassungsrechtlich ohnehin fragwürdige - Bereiche der sog. Fiskalverwaltung, und "stille Winkel" der Kulturverwaltung, so den Archiv-, Bibliotheks- und Museumsdienst (103).

(3) Gemeinwohl und Sozialstaat

Dieser Teilbereich steht in engem Zusammenhang mit der Diskussion über die rechtliche und fachliche "Repräsentation" des Beamten, auf die zunächst verwiesen werden muß (67).

Im Verlaufe der Untersuchung mußten wir feststellen, daß das als traditionelle Rechtfertigung des Beamtentums dienende Gemeinwohl^{67a)} sich aus dem Gedanken der Repräsentation "der" Staatsidee entwickelt hat, und damit der Eliteanspruch eines separaten Ethos der Pflichterfüllung verknüpft wurde⁶⁸⁾.

Demgegenüber hatten wir bereits frühzeitig⁶⁹⁾ herausgestellt, daß Austausch und gegenseitige Abhängigkeit konstitutive Elemente der "Sozialpflichtigkeit" der Verwaltung sind - jedenfalls unter der Geltung des GG. Dieses so verstandene "Gemeinwohl" ist einmal in Beziehung zu setzen zum Willen der Mehrheit⁷⁰⁾, juristisch faßbar als Vollzug von Grundwerten der Verfassung⁷¹⁾, schließlich und vor allem aber ganz in die Nähe des Sozialstaats zu bringen, "der eine den gesellschaftlichen Gegebenheiten folgende, bewegliche Lenkungs- und Regelungsaufgabe zu erfüllen hat"⁷²⁾.

Dieses Spannungsverhältnis zwischen traditionell verstandenem "Gemeinwohl", das sich der Idee nach als "Negation des Pluralismus"⁷³⁾ ausweist - und Sozialstaat wird weiter dadurch verschärft, daß

"gerade über den Verteilungs- und Leistungsapparat des Staates, der sich nichthoheitlicher Mittel bedient, ..heute die Ordnung und auch die soziale Gerechtigkeit, also die 'Staatszielbestimmung' des sozialen Rechtsstaats, verwirklicht (wird)" (74).

67) Vgl. oben S.78 ff.

67a) Weitere Nachweise bei LEISNER, Grundlagen, S. 16 FN 16; vgl. bereits oben S. 27 und § 52, I BBG, § 35, I BRRG

68) Vgl. III. Kapitel V. "Repräsentation-Elite", S. 70 -84

69) Oben S. 27 mit zahlr. Nachweisen in N 73

70) Dieser Aspekt wird betont von LEISNER, Grundlagen, S. 17

71) THIEME, Der öffentliche Dienst, S. 27, der damit zwar den Begriff der Repräsentation retten wollte, ihn aber gerade dadurch überflüssig macht.

72) SCHEUNER, Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung, DÖV 69, 585, 590

73) So richtig THIEME, Der öffentliche Dienst, S. 26

74) THIEME, Der öffentliche Dienst, S. 38

Gerade in diesem Bereich sind aber in überwiegender Anzahl Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst beschäftigt (75).

Um erneut eine Anbindung des Berufsbeamtentums an den Sozialstaat zu erreichen, mußte deshalb fortschreitend die traditionelle Gemeinwohlvorstellung als Reservat des Beamtentums aufgegeben werden. Diese bereits ausführlich geschilderte Entwicklung⁷⁶⁾ stellt sich jetzt aber nicht nur als versuchte Lösung eines Konflikts zwischen hergebrachter Beamtenideologie und neuen Verfassungselementen dar, sondern auch als Ausdruck des tieferliegenden allgemeinen Strukturkonflikts der beiden Direktiven. . .

Hier beweist die traditionelle Direktive - begünstigt durch die allzugroße Zurückhaltung in der Erfassung des Sozialstaatsprinzips - eine erstaunliche Zähigkeit. Da sich das Sozialstaatsprinzip nicht als auslegungsleitendes Moment für die traditionelle Institution eignet, wird auf andere Gebiete ausgewichen. Die Überbetonung des Rechtsstaats-Gedankens wird uns noch beschäftigen (unten III). Weitgehend fortgeschritten und deshalb für die Verfassungsordnung besonders gefährlich ist die Theorie von der fachlichen Repräsentation, die die Tendenz zu unqualifiziertem "Funktionalisieren" und zur undifferenzierten Bejahung einer "Leistungssteigerung" in sich einschließt (77). Wie weit hier die Begriffsverwirrung bereits gediehen ist, kann folgendes Zitat belegen:

"Der Staat von heute - und mehr noch natürlich von morgen - wird immer mehr zum Planungs- und Leistungsstaat, zur Technokratie. Die Verwaltung ist dabei der Vollzugsapparat der Sozialstaatsidee" (78).

Es kann wohl kein Zweifel bestehen, daß sich "Technokratie" und "Sozialstaat" gegeneinander ausschließen. Vom Grundgesetz wird die Gebundenheit der Verwaltung an legitimierte Führungsimpulse gefordert (Art. 20, III GG), während sich "Technokratie" im Bereich der Verwaltung eben dadurch auszeichnet, daß nicht diese gesellschaftlich legitimierten, sondern eigenartige technokratische Interessen verfolgt werden. Technokratie wäre hier als Führung durch nichtlegitimierte Fachleute und Experten zu begreifen (79). Ein Bezugspunkt für "Technokratie" ist in der gesamten Verfassung nicht zu finden.

75) Vgl. die Übersichten und Statistiken bei JUNG, Zweispurigkeit (Zusammenfassung S. 87 ff.).

76) Oben S. 78-83

77) Vgl. nur die Erörterung auf dem 48. DJT: QUARITSCH Referat These 6 (0 55 f.), STALMANN O 75; GEFFERS O 83 f.; HERZOG O 96; Besonders deutlich KERN DÖV 69, 416 ff., dagegen zutr. GIEHL BayVBl. 72, 57ff, 60f.

78) HARTKOPF, Zur Reform des öffentlichen Dienstes, BMI Dokumentation 17/70, S. 12

79) Vgl. LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, S. 130 f.

(4) Fehlende Tarifautonomie und Sozialstaat (Teilaspekte)

Dieser sehr umstrittene - weil zur Streikfrage hinführende - Kollisionsbereich kann hier nur teilweise gewürdigt werden. Die Erörterung beschränkt sich - unter Heranziehung der Rspr. des BVerfG und eigener Vorüberlegungen - auf die Infragestellung der These ISENSEEs, daß "den Beamtenverbänden (nur) innerhalb ihrer apriorischen Wirkungsgrenzen das unerläßliche Instrumentarium zur kollektiven Interessenpolitik erhalten (bleiben muß)⁸⁰⁾, m.a.W. daß die Versagung der Tarifautonomie im Beamtenbereich ohne weiteres^{80a)} als zulässige Ausdifferenzierung des Sozialstaatsprinzips begriffen werden kann^{80b)}.

Die Koalitionsgarantie und mit ihr isbs. Tarifautonomie und Streikfreiheit werden überwiegend dem Einzugsbereich der Sozialstaatsklausel zugeschlagen⁸¹⁾. Diese Zuordnung ist auch historisch einleuchtend⁸²⁾. Damit nimmt die Tarifautonomie an der Progressivität (Offenheit) dieser Staatszielbestimmung teil, läßt also Wege und Möglichkeiten zum (besseren) sozialen Schutz der Betroffenen offen⁸³⁾. Stellt man auf die Seite der Lohn- und Gehaltsabhängigen ab, ergibt sich von Verfassungs wegen - mit Ausnahme der Beamten⁸⁴⁾ - der Vorrang der interessenmäßigen Organisation im Führungskreislauf des GG (Art. 9, III GG). Der Beamte jedoch

"..hat keine eigene rechtliche Möglichkeit, auf die nähere Ausgestaltung seines Rechtsverhältnisses, insbesondere die Höhe seines Gehalts, einzuwirken. Er ist insbesondere nicht befugt, zur Förderung gemeinsamer Berufsinteressen kollektive wirtschaftliche Kampfmaßnahmen zu ergreifen." (85)

80) ISENSEE, Beamtenstreik, S. 67

80a) = innerhalb der apriorischen Wirkungsgrenzen

80b) So der Tenor von ISENSEEs Ausführungen (aaO, S. 27, 65ff).

81) Vgl. LERCHE, Übermaß S. 231 und die bei ISENSEE aaO angegebene Literatur (S. 21/22 FN 1-5).

82) Vgl. KIMMINICH, Deutsche Verfassungsgeschichte S. 455 m.N.

83) Pointiert als "Verbot des sozialen Rückschritts" formuliert bei DAUBLER, Der Streik im öffentlichen Dienst, (1970) S. 93, 146; vgl. BVerfGE 19, 303, 317

84) und der insoweit angekoppelten Richter

85) BVerfGE 8, 1, 17

Auf die Auswirkungen dieses hergebrachten Grundsatzes sind wir schon in anderem Rahmen eingegangen (86).

Der Ausschluß der Beamten von dieser (zumindest tendenziellen) Verbesserung des sozialen Schutzes wird umso fragwürdiger, je mehr man auf das - rechtsstaatlichen Erfordernissen zweifellos genügende⁸⁷⁾ - Instrumentarium der Koalitionsfreiheit abstellt⁸⁸⁾. Welche Berechtigung läßt sich für das Fehlen eines solchen "Reglers" anführen?

In diesem Zusammenhang ist die oben zitierte Entscheidung des BVerfG aufmerksam zu verfolgen, die Aufschluß darüber erbringt, warum (1) dieser Ausschluss individuell kompensiert werden muß (89), und (2) auch die Abweichung vom Führungskreislauf im Rahmen der Beamtengesetzgebung (§§ 94 BBG, 58 BRRG) ihre Berechtigung findet.

Das BVerfG meint, daß wegen des herkömmlichen Ausschlusses der Berufsbeamten von Tarifautonomie und Streikfreiheit

"den hauptsächlich und unmittelbar Betroffenen ein entsprechendes Individualrecht eingeräumt werden soll, damit sie insoweit (!) in Übereinstimmung mit den rechts- und sozialstaatlichen Grundprinzipien(!) ihre verfassungsmäßige Stellung auch rechtlich wahren können." (90)

Von "apriorischen Wirkungsgrenzen" ist in dieser Entscheidung überhaupt nicht, von notwendiger Kompensierung desto eindeutiger die Rede. Die Notwendigkeit eines "insoweit" anzuräumenden Individualrechts zeigt die Problematik der Ausdifferenzierung, die weit davon entfernt ist, selbstverständlich zu sein. Auch auf der kollektiven Seite findet sich die "notwendige Kompensierung", weil der so eingeräumte individuelle Rechtsschutz im Arbeitsrecht ohnehin selbstverständlich⁹¹⁾, im Beamtenrecht wegen des generellen gesetzlichen Vorbehalts der (Besoldungs-)Regelung jedoch äußerst problematisch ist⁹²⁾. Das Beteiligungsrecht der Spitzenorganisa-

86) oben VI ("Hierarchie") S. 85 ff., (93). Diese 'nicht-materielle' Seite der "Arbeitsbedingungen" ist bislang kaum beachtet worden.

87) LEISNER (Grundlagen S. 44) bleibt jede Erklärung dafür schuldig, weshalb er "Verzicht auf Tarifautonomie und Arbeitskampf" als "Grundprinzip der Rechtsstaatlichkeit" einstuft.

88) Diese Seite betont LERCHE, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes (1968), S. 30 f.

89) Die Notwendigkeit der individuellen Kompensierung erkennt auch ISENSEE (aaO S. 71) an.

tionen der Beamtengewerkschaften am Gesetzgebungsverfahren (§§ 94 BBG, 58 BRRG) entspricht einem mühsamen und unstabilen Kompromiß zwischen sozialstaatlichen Grundsätzen und hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums.

Das Beteiligungsrecht mag zwar nur ein nomineller Vorzug⁹³⁾ der Beamtenverbände sein: seine einzigartige gesetzliche Fixierung im Führungskreislauf zeigt jedoch die Schwäche der hergebrachten Grundsätze, die sich auf einen aller Tradition widersprechenden Kompromiß mit der Tarifautonomie einlassen müssen, um den sonst offen zu Tage tretenden Bruch zu vermeiden.

Die mangelnde Stabilität zeigt sich an der vom Deutschen Beamtenbund propagierten Verstärkung des Beteiligungsrechts⁹⁴⁾. Aus unterschiedlichsten Motivierungen heraus wird hier Verfassungswidrigkeit angenommen (95): das Beteiligungsrecht findet weder als (notwendiges) Zugeständnis der hergebrachten Grundsätze noch als eigenständiges Rechtsinstitut Anerkennung.

90) BVerfGE 8,1,17 ; Hervorhebung durch Verf.

91) Im Arbeitsrecht bestehen individuelles Klagerecht und kollektive Maßnahme grundsätzlich nebeneinander (vgl. auch ISENSEE op.cit. S. 41). Wenn der Vergleich zum Arbeitsrecht gezogen wird, ist es unzulässig, den individuellen "Kampf ums Recht" mit der "Funktion des Arbeitskampfes" zu vergleichen (so aber ISENSEE aaO).

92) Vgl. nur BVerfGE 8,1,19: hiernach darf das BVerfG "wegen des Zusammenhangs der beiden verfassungsrechtlichen Grundsätze - Garantie eines angemessenen Lebensunterhalts und generelle gesetzliche Besoldungsregelung - ..unzulänglich gewordene Besoldungsgesetze nicht für nichtig erklären."

93) So ISENSEE op.cit. S. 61, "weil die Gewerkschaften bei der Vorbereitung arbeitsrechtlicher Normen de facto in gleicher Weise gehört werden".

94) DBB (Hrsg.), Partnerschaftliche Dienstrechtgestaltung unter parlamentarischer Letztentscheidung. Hekt. Manuskript (1969) S. 2 ff.

95) Zu diesem Problem ausführl. AMMERMÜLLER, Verbände im Rechtsetzungsverfahren, Diss. Tübingen 1971; vgl. auch Diskussion in Loccumer Protokolle 3/69, S. 61. Ebenfalls sehr umstritten ist die Stellung der Bundes- und Landespersonalausschüsse. Hierzu LEISNER, Mitbestimmung S. 51 m.N.

- (5) Art 33 Abs. 5 GG : nicht "Konkretisierung" der Sozialstaatsklausel, sondern strukturelle Divergenz.

Die gezeigten Beispiele einer strukturellen Divergenz zwischen Sozialstaatsprinzip und traditioneller Direktive lassen - auch wenn sie nur als Ausnahmen begriffen würden - wenig Raum für die Annahme, Art. 33 Abs. 5 GG sei als Konkretisierung der Sozialstaatsklausel aufzufassen. Unter Berufung auf eine Entscheidung des BVerfG haben jedoch einige Autoren, zuletzt LEISNER und ISENSEE vorgebracht, daß sich Sozialstaatsklausel und Beamteninstitution schon im Ansatz nicht widersprechen könnten.

Das BVerfG hatte im Zusammenhang mit der Beamtenbesoldung und -versorgung eher beiläufig davon gesprochen, daß die im Rahmen der hergebrachten Grundsätze gewährleistete Mindestgarantie eine "Konkretisierung der Sozialstaatsklausel" für den Bereich des Beamten- und Beamtenbesoldungsrechts darstelle⁹⁶⁾. Auf diese Entscheidung - freilich ohne ihre spätere Präzisierung - bezieht sich auch ISENSEE, wenn er meint:

"Der soziale Staatszweck erfüllt sich nicht gegen, sondern über die hergebrachte Einrichtung. Diese darf als seine angemessene Konkretisierung betrachtet werden" (97).

Noch weitergehend meint LEISNER unter Berufung auf diese Entscheidung⁹⁸⁾, daß das Berufsbeamtentum sogar ein "sozial-staatliches Modell" sei, "eindeutig und bestimmt wie vielleicht

96) BVerfGE 17, 337, 355, Hervorhebung nicht im Original.

97) ISENSEE, Beamtenstreik S. 132. Die Argumentation ISENSEEs ist jedoch in mehrfacher Hinsicht in sich widersprüchlich. Als Beleg zieht ISENSEE neben der Entscheidung des BVerfG die bereits abgelehnte (oben S. 9 ff.) ältere Ansicht ULEs heran, daß Art. 33 Abs. 5 "gewissermaßen als lex specialis den Vorrang vor dem Sozialstaatsgrundsatz" habe. "Vorrang" und "Konkretisierung" stehen aber wohl in erheblichem Gegensatz. Im Kontext der Ausführungen ISENSEEs über die Sozialstaatsklausel (op.cit. S. 21 ff., 128 ff.) ergibt sich denn auch, daß "Konkretisierung" lediglich die Einführung der "allgemeinen staatlichen Mittel" (131) in die geschichtslos "offene", d.i. leere, Hülle eines "sozialen Gleichheitsideals" (ebda.) bedeutet. Vgl. dazu noch N 100) auf der folgenden Seite.

98) LEISNER, Grundlagen S. 56 (FN 80)

kein anderes, hinreichend entwicklungsfähig zur Aufnahme sozialer Dynamik"⁹⁹⁾).

Mit dem Gedanken der Konkretisierung muß in diesem Bereich schon deshalb mit äußerster Vorsicht umgegangen werden, weil beide Direktiven einen unterschiedlichen geschichtlichen Maßstab haben. Die "Offenheit" und progressive Natur des Sozialstaatsgedankens wird zwar sowohl von ISENSEE wie von LEISNER angesprochen¹⁰⁰⁾ - beide Autoren verzichten jedoch darauf, dem die rückwärts gerichtete (retrospektive) Direktive des Art. 33 Abs. 5 entgegenzusetzen.

Ob die "hergebrachte Einrichtung" auch in der Zukunft "angemessene Konkretisierung" (ISENSEE) bleibt, ist wohl außerordentlich fraglich.

Die Darstellung von ISENSEE unterläßt es, auf dieses Spannungsverhältnis zwischen "Tradition als Rechtsbegriff"⁽¹⁰¹⁾ und Offenheit der Staatszielbestimmung des Art. 20 GG einzugehen, obwohl an anderer Stelle - beim Funktionsvorbehalt - die "grundsätzlichen Einwände, die sich gegen eine solche verfassungsrechtliche Status-quo Zementierung und eine derartige entwicklungsfeindliche Veränderungssperre erheben", referiert werden⁽¹⁰²⁾. Diese tendenzielle Spannung wäre auch deshalb anzusprechen gewesen, weil ISENSEE an anderer Stelle von der angemessenen "Kompensierung" des Arbeitskampfverbotes spricht⁽¹⁰³⁾. Dies führt uns auf die bereits ausgewertete Entscheidung des BVerfG zurück⁽¹⁰⁴⁾, aus der deutlich wurde, daß die angestrebte Kompensierung zur Wahrung des Sozialstaatsgedankens erforderlich wurde⁽¹⁰⁵⁾.

⁹⁹⁾ LEISNER, Grundlagen, S. 57

¹⁰⁰⁾ ISENSEE, Beamtenstreik, S. 131; LEISNER aaO S. 56 f. Bei ISENSEE dient die postulierte Offenheit der Sozialstaatsklausel vor allem dazu, keine "authentischen" Erfüllungen zuzulassen ("den unabsehbaren Entwicklungen einer freien Gesellschaft offen"). Inhaltliche Konflikte können somit gar nicht entstehen! Anders LEISNER, der die Sicherung des Arbeitsplatzes und den Gedanken des sozialen Aufstiegs (u.a.) inhaltlich heraushebt.

¹⁰¹⁾ Vgl. oben S. 12 f.

¹⁰²⁾ ISENSEE op.cit. S. 92

¹⁰³⁾ ISENSEE op.cit. S. 71

¹⁰⁴⁾ BVerfGE 8,1,17

¹⁰⁵⁾ Vgl.o. S. 111 f.

Die Ausführungen LEISNERS betroffen vor allem den Beamten-status. Ob der Beamtenstatus im Verhältnis zum Sozialstaat, der "soziale Gerechtigkeit nicht von vorgestern, sondern von morgen"¹⁰⁶⁾ will, "hinreichend entwicklungsfähig" ist, wird anhand dieser eigenen Aussagen LEISNERS problematisch.

Wenn man sich dieser Terminologie bedienen will, ist das Beamtenrechtsverhältnis tatsächlich ein "sozialstaatliches" Modell von "vorgestern". Viele Einrichtungen und Begriffe des Beamtenrechts, die einst nur dieser sozialen Gruppe vorbehalten waren (z.B. ausreichende Versorgung und Sicherung des Beamten bzw. seiner Familie gegen die Gefahren von Alter, Arbeitslosigkeit, Krankheit und Tod) sind inzwischen - worauf FEES aufmerksam gemacht hat (107) - zu allgemeinen Begriffen des Sozialstaats geworden.

In diesem Bereich finden wir die bereits angesprochene (108) Möglichkeit, daß ausnahmsweise zwei dirigierende Normen, wovon die eine retrospektiv, die andere progressiv ist, sogar über einen langen Zeitraum hinweg ohne Reibung nebeneinander existieren können, weil Inhalte der progressiven Norm von der retrospektiven antizipiert wurden. "Retrospektiv" sollte ja nur die Richtung der Direktive bezeichnen, nicht jedoch den Inhalt der Norm als "altmodisch" oder "fortschrittsfeindlich" abqualifizieren!

Jedoch legitimiert die bestehende inhaltliche Übereinstimmung nicht dazu, das hergebrachte Modell auch für alle Zukunft als beispielhaft herauszustellen: das Modell ist nach seiner traditionellen Direktive nämlich (im Grundsätzlichen) überhaupt nicht "entwicklungsfähig" . Das Modell kann der Offenheit der Sozialstaatsklausel nur dann auf die Dauer gewachsen sein, wenn es genügend antizipatorische Momente in sich hat. Dies bedeutet in der Tendenz, daß sich die Weiterentwicklung der Sozialstaatsklausel in diesem "Status"-Bereich eng an die beamtenrechtlichen Ausprägungen halten müßte.

Eine solche Vorhersage ist wohl kaum zu wagen, wenn man an Bereiche wie Mitbestimmung am Arbeitsplatz, Arbeitszeitregelungen oder an das Alimentationsprinzip denkt¹⁰⁹⁾. In der beamtenrechtlichen Literatur ist denn auch weniger Zuversicht in eine parallele Entwicklung als vielmehr eine Abwehrhaltung zu finden. BENZ spricht von der "teilweise vorhandenen

106) LEISNER, Grundlagen , S. 57

107) FEES, Der Leistungsgrundsatz im öffentlichen Dienst, ZBR 67, 203 ff.

108) Oben S. 105

109) Hierzu jedoch ausführlich V. Kapitel, I (Kritik einzelner Teilinhalte).

Furcht," daß "der ungehemmte Einfluß sozialstaatlicher Gedankengänge ins Beamtenrecht...die Denaturierung des Beamtentums zur Folge haben" könnte (110). Hinsichtlich der Folgen dieser Abwehrhaltung bemerkt THIEME zutreffend, daß eine Abkapselung des Beamtentums gegenüber dem Sozialstaatsgedanken "die Integration des Beamtentums in die Gesellschaft (behindern)" würde (111).

ISENSEE und LEISNER berufen sich schließlich zu Unrecht auf das BVerfG, weil das Gericht in einer späteren - von beiden Autoren nicht herangezogenen - Entscheidung seine frühere Aussage von der "Konkretisierung" des Sozialstaatsgedankens durch Art. 33 Abs. 5 erklärt und präzisiert hat. Für eine normative Aussage ist hiernach kein Platz mehr.

Das Gericht stellt zunächst den Zusammenhang zwischen der wirtschaftlicher Sicherung der Beamten und dem Interesse (der Allgemeinheit) an der Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums klar. Es fährt dann fort:

" Daß mit der Wahrung dieses Interesses und der entsprechenden verfassungsrechtlichen Sicherung (Art. 33 Abs.5 GG) zugleich dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Genüge getan wird, ist lediglich eine Folge der insoweit übereinstimmenden Interessenlage"¹¹²⁾.

Art. 33 Abs. 5 kann demnach nur dann und nur in diesen Bereichen als "Konkretisierung" des Art. 20 (Sozialstaat) begriffen werden, wenn eine Überprüfung der Interessenlage von Beamten und Allgemeinheit im konkreten Fall Übereinstimmung ergibt.

M.a.W.: Die Sozialstaatlichkeit erfüllt sich nicht "über" die hergebrachte Einrichtung, sondern schon im Ansatz getrennt von ihr. Ergibt die konkrete Analyse, daß die Interessenlage nicht (oder nicht mehr) übereinstimmt, wird die bestehende strukturelle Divergenz der beiden Direktiven voll wirksam.

Im Gegensatz zu anderen Normen setzt Art. 33 Abs.5, soll er nicht frühzeitig der Auflösung und der Umdeutung zum Opfer fallen, der weiteren Interpretation mittels weiterer auslegungsleitender Momente enge Grenzen (113).

Die aus diesem strukturellen Konflikt zu ziehenden Konsequenzen können sich deshalb auch erst nach der Abklärung der Teilinhalte des Art. 33 Abs. 5 ergeben.

110) BENZ, Beamtenverhältnis S. 154 FN 24

111) THIEME, Gutachten 48.DJT, D 23; 112) BVerfGE 21,329,346

113) Vgl. oben S. 101 - 105

III. RECHTSSTAAT UND BEAMTENTUM

- (1) Ursachen für das Fehlen eines Konfliktes im Bereich der "Rechtssicherheit" (Teilinhalt des Rechtsstaats).

In diesem Abschnitt soll wieder auf die Außenwirkung der Institution abgestellt werden.

Im V. Kapitel stehen dann Probleme der "internen" Rechtsstaatlichkeit zur Untersuchung an. Der Zusammenhang beider Bereiche kann an dieser Stelle nur angedeutet werden.

Rechtsstaatlichkeit hat zunächst eine Komponente zum Inhalt, die sich aus formalisierten Elementen, Verfahrenssicherungen zusammensetzt und damit "Rechtssicherheit" schaffen oder die Berechenbarkeit (hier) des Verwaltungshandelns ermöglichen soll¹¹⁴⁾. Diesem Bereich der Rechtsstaatsklausel kann nur begrenzt eine "produzierende Kraft" zugesprochen werden¹¹⁵⁾, sodaß sich das Problem des Verhältnisses von Retrospektivität und Progressivität nicht - jedenfalls nicht in der bisherigen Schärfe - stellen kann. Es ist dies die eine Seite der Gebundenheit der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht (Art. 20, III GG); im Zusammenhang mit dem Beamtentum findet sich die Formulierung "Gehorsam gegenüber dem Gesetz"¹¹⁶⁾.

Für diesen Bereich der Rechtsstaatlichkeit läßt sich in der Tat eine große Übereinstimmung mit den hergebrachten Grundsätzen konstatieren. Die Bindung des Beamtentums an das Gesetz ist schon im konstitutionellen Staat ein leitender Grundsatz gewesen¹¹⁷⁾.

Allerdings sollte man nicht soweit gehen, Art. 20, III GG für den Bereich des Beamtentums als hergebrachten Grundsatz zu vereinnahmen (118). Hierbei würde übersehen, daß diese Staatszielbestimmung noch weitere Inhalte hat.

114) Vgl. nur BVerfG 2, 403; 7, 92; 11, 72; LERCHE, Übermaß S. 58; THIEME, Gutachten 48. DJT D 23; QUARITSCH, Referat 48. DJT O 37; LEISNER, Grundlagen S. 41

115) LERCHE aaO; ähnlich LEISNER aaO

116) Vgl. nur BVerfGE 9, 268, 286

117) Nachweise bei THIEME, Der öffentliche Dienst, S. 5

118) So - mit der Einschränkung "im Grunde" - THIEME op.cit., S. 49 FN 149, -allerdings mit Einschluß der Angestellten (Arbeitnehmer?) im öffentlichen Dienst.

Trotz seiner spezifischen Funktion der "Leitbilderhebung"¹¹⁹⁾ zwingt Art. 33 Abs. 5 GG in diesem Zusammenhang auch nicht, die einst dieser "Rechtsstaatlichkeit" zugrundegelegten Vorstellungen weiter zu berücksichtigen.

Zwar hat RONNEBERGER zutreffend darauf hingewiesen, daß die damit verbundene traditionelle Position des Beamtentums als Hüter der Verfassung gegenüber Regierung und bürgerlicher Gesellschaft "als überzeitliches Ideal bis heute nach(wirkt) und in Gefahr (steht), zur Ideologie zu erstarren" (120);

in Bezug auf diese formalisierten Elemente kann jedoch die Leitbilderhebung vernachlässigt werden, da auch ohne die Einbeziehung der traditionellen Vorstellungen der Grundsatz der Rechtssicherheit erkennbar und faßbar bleibt.

Sobald jedoch in der Beamtenliteratur der Versuch unternommen wird, aus diesem formalisierten Bezirk der Rechtsstaatlichkeit "auszubrechen" (oder ihn mit weitergehendem Inhalt auszustatten), tauchen die bekannten strukturellen Divergenzen wieder auf: die mehr "materielle" Komponente des Rechtsstaats¹²¹⁾, die nicht zufällig im Begriff des "sozialen Rechtsstaats" sinnfällig wird¹²²⁾, findet keine ausreichende Entsprechung in den hergebrachten Grundsätzen.

- (2) Die Übersteigerung des Rechtsstaatsgedankens: Anlass für das Entstehen neuer Konflikte

Von der Rechtsstaatlichkeit der Verwaltung, isbs. des Beamtentums ist viel, von der "sozialen Verwaltung" wenig¹²³⁾ die Rede. Diese Aporie ist zum Teil durch andere Faktoren bedingt¹²⁴⁾, in der Hauptsache jedoch auf die Übersteigerung des Rechtsstaatsgedankens in der theoretischen Erfassung des Berufsbeamtentums zurückzuführen. "Übersteigerung" soll eine Entwick-

119) Vgl. oben S. 33 ff.

120) in: Der Staat 2/ 1963, 129 ff, . Ähnliche Bedenken finden sich bei KIMMINICH, Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 438 f., 330 f.

121) Die Betonung des "Materiellen" ist aus Gründen der Arbeitserleichterung nicht zu vermeiden. Vgl. LEISNER aaO, 41

122) Vgl. nur BVerfGE 2, 403; HESSE, Grundzüge³, S. 81 ff. mit Literaturübersicht; BENDA, Diskussion 48. DJT O 89 f.

123) Eine Übersicht findet sich bei BECKER VVDStRL Heft 14/ (1956), S. 96, 106 f., der auch L.v.STEINs Gedanken der "sozialen Verwaltung" (Verwaltungslehre I, 1869², S. 31) verwertet.

124) Mit Recht weist THIEME (Gutachten 48. DJT S. D 23) auf die gesellschaftliche Bedingtheit sozialer Wertvorstellungen hin.

lung kennzeichnen, die unter Vernachlässigung einer inhaltlich "neuen Dimension des Rechtsstaats"¹²⁵⁾ das Berufsbeamtentum zum "Hort der Rechtsstaatlichkeit"¹²⁶⁾ ernennt, wobei die unbestreitbare traditionelle Legitimierung (Rechtssicherheit) für den gesamten Bereich des "Rechtsstaatlichen" in Anspruch genommen wird.

Der Erfassung der "neuen Dimension" des Rechtsstaatlichen sollte in unserem Bereich die angedeutete Theorie des sozialpflichtigen Verwaltungshandelns dienen (127). Hierbei konnten wir auch die vom sozialen Rechtsstaat her geforderten Einflußkanäle der "Gesellschaft" zum "Staat" hin, also den "Führungskreislauf" des GG mit seiner "Permeabilität des staatlichen und gesellschaftlichen Bereichs" (128) näher beschreiben. Demgegenüber mußten wir wiederholt Tendenzen in Lehre und Rechtssprechung feststellen, die von der Ablehnung des sozialen Rechtsstaats und seiner Apparaturen geprägt waren, und die andere - vom GG unabhängige - Wertvorstellungen propagierten. Hierbei handelte es sich vorwiegend um Vorstellungen, die zur Fundierung des Berufsbeamtentums in seiner traditionellen Gestalt benötigt wurden. (129)

In gewisser Weise stellt sich die Übersteigerung des Rechtsstaatsgedankens als Fortsetzung dieser Legitimierungsversuche dar. Dies geschieht allerdings in Kenntnis des Umstandes, daß die formalisierten Elemente des Rechtsstaates zur Legitimierung des Berufsbeamtentums nicht ausreichen¹³⁰⁾.

Das in der Verfassungsordnung des GG gut ausgebaute Rechtssprechungswesen, isbs. aber die Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit ist in besonderer Weise auf die verfahrensmäßige Legalität zugeschnitten. Dennoch wird die angebliche "Gerichtsähnlichkeit" des Verwaltungsverfahrens immer wieder hervorgehoben (131). Dies bringt zunächst die Verwaltung in unerwünschte Konkurrenz zur Judikative (132) und macht aus Verwaltungsbeamten gleichsam "Hilfsrichter". Die Betonung

125) RAMM, Diskussion 48. DJT, S. 0 63 f.

126) Die Bezeichnung stammt von LEISNER, Grundlagen S. 41

127) Vgl. oben S. 24 ff. Auch HESSE verwendet den Begriff "Sozialpflichtigkeit" (des Gemeinwesens), in: Grundzüge³, S. 84; in diesen Zusammenhang gehört auch die richtige Beobachtung von LEISNER, der eine Unterscheidung von Privatwirtschaft und "Leistungsverwaltung" in der Weise trifft, daß die Verwaltung "virtuell unwirtschaftlich" und "virtuell sozialtarifverpflichtet" sei (Mitbestimmung, S. 72).

128) MENZEL, Nationale und internationale Verwaltung, DÖV 69, 1 ff (5f.).

dieser angeblichen Gerichtsähnlichkeit - zu der dem Beamtentum schon auf Grund seiner Personalstruktur und seiner Hierarchisierung fast alle verfahrens- und statusmäßigen Voraussetzungen fehlen¹³³⁾ - erfolgt jedoch nicht aus diesem Konkurrenz schaffenden Grunde, sondern zur Verteidigung des Lebenszeitprinzips, das gleichsam als Ausdruck der Rechtsstaatlichkeit begriffen wird¹³⁴⁾.

Da es hier nur um die Außenwirkung der Institution geht (S.117), soll nur in aller Kürze angedeutet werden, daß die Lebenszeitlichkeit des Beamten für den Bürger als solche weder Vor- noch Nachteile bringt. Der Bürger hat nicht "seinen" Beamten, an den er sich ständig wenden könnte - dazu bieten sich andere Einrichtungen an. Desgleichen sollten die Auswirkungen der internen Sicherung auf "das Vertrauensverhältnis Bürger-Staat" (135) nicht positiv überschätzt werden; andere Anstellungsformen (z.B. als Vertragsbediensteter) ziehen auf Seiten des Bürgers keinen Vertrauensverlust nach sich: hierfür sorgen bereits Dienst- und Geschäftsordnungen. (135a)

In ähnlicher Weise wird die Rechtsstaatlichkeit übersteigert, wenn man "Verzicht auf Tarifautonomie und Arbeitskampf" als "Grundprinzip der Rechtsstaatlichkeit" ausgibt¹³⁶⁾.

Der im Beamtenrecht herkömmliche Verzicht auf Tarifautonomie und Streikfreiheit (137) könnte wohl die Vorhersehbarkeit

129) Vgl. nur die Zusammenfassungen S. 49, 61f., 69, 84, 94.

130) Vgl. oben S. 15 ff., 99, 107 m.N. ; Auch LEISNER kann in seiner Rechtfertigung des traditionellen Beamtentums nicht auf die Einbeziehung des Sozialstaatsprinzips verzichten (Grundlagen, S. 46 ff.).

131) LEISNER, Grundlagen, S. 43; JUNG, Zweispurigkeit, S. 155 ff. (für den Bereich der "Eingriffsverwaltung") m.N.

132) Hierzu bereits oben S. 4 ff.

133) Vgl.o. S. 85 ff; die mangelnde Unabhängigkeit der Beamten ist durchgängiges Prinzip, -Beamte sind keine Richter. Wenn "in der Praxis ..weithin diese Unterschiede (verschwinden)" (LEISNER aaO, 43), Beamtentum und Rechtsprechung im Bewußtsein der Bürger nicht klar getrennt sind, liegt dies z.T. eben an dieser Praxis, der eine theoretische Legitimierung weitgehend fehlt.

134) LEISNER, Grundlagen, S. 42 ff.

135) LEISNER, op.cit., S. 42

135a) Ob ein Vorgang einem Beamten oder Angestellten zur Bearbeitung zugeteilt ist, kann schon wegen Art. 20, III GG rechtlich nichts präjudizieren. Das "besondere Vertrauen" in die Rechtmäßigkeit der Amtsführung eines Beamten zöge auch allzuleicht das "besondere Mißtrauen" gegenüber den Vertragsbediensteten nach sich!

136) So wörtlich LEISNER, Grundlagen, S. 44

137) Hierzu noch ausführlich V. Kapitel, I 3 c

staatlichen Handelns "abstrakt", d.h. im Sinne einer potentiellen Verfügbarkeit arbeitswilliger Beamten, erhöhen. Der Bürger kann aber weder davon ausgehen, daß die fehlende Tarifautonomie den Beamten zum "besseren Arbeiten" motiviert (138), noch hat er - bei überall fehlenden "Planstellen" - den geringsten rechtlichen Hebel zur Beschleunigung einer Vorhersehbarkeit, die allzu oft zur Geduldsprobe wird (139).

Darüberhinaus ist das geltende Tarifvertragssystem kaum im Ruche, besonders rechtsstaatsfeindlich zu sein, - ist es doch als Verfahren eines Auseinandersetzungsprozesses (140) gegen-sätzlicher Interessen im hohen Maße geeignet, Rechtsfrieden zu erreichen, und zwar ohne octroi. Den Verzicht auf dieses Verfahren als besonders "rechtsstaatlich" hervorzuheben, dürfte das Ziel verfehlen: eine Legitimierung des Beamtentums ist hierauf nicht aufzubauen, bekannte Konflikte brechen wieder auf (141).

Als besonders konfliktreich stellt sich der Versuch dar, aus der gesetzlichen Regelung des Beamtenverhältnisses eine "erhöhte Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns"¹⁴²⁾ abzuleiten.

Neben dogmatischen Querellen über öffentliches und Privatrecht und Streit über die Rechtsnatur des Tarifvertrags (143) bringt dieser Versuch Diskriminierung der Vertragsbediensteten (144) und den allergrundsätzlichsten Konflikt zwischen Realität und Norm mit sich. "Recht ist Befehl, nicht Arrangement" (145) - doch wieso soll der Befehl "rechtmäßiger" sein als das Arrangement ?

Wenn solche Grundsätze zur Debatte stehen, scheint die Übersteigerung des Rechtsstaatsgedankens kaum geeignet, mildernd auf den erkannten Konflikt einzuwirken.

- 138) Die entwickelten Formen beamtlicher Streiks surrogate betreffen als passive Resistenz den Bürger eher noch mehr.
- 139) Die Untätigkeitsklage gewährt der Verwaltung eine Schnaupause; Planstellen sind dadurch nicht erzwingbar.
- 140) Vgl. LERCHE, Zentralfragen, S. 30 f. und ISENSEE, Beamtenstreik, S. 27 f.
- 141) So der Konflikt zwischen fehlender Tarifautonomie und Sozialstaat, S. 110 ff.
- 142) JUNG, Zweispurigkeit, S. 155 (ff.); LEISNER, Grundlagen, S. 44 f.
- 143) Übersicht: HINZ, Tarifhoheit und Verfassungsrecht (1971).
- 144) Vgl. oben S. 70 ff. ("Repräsentation-Elite").
- 145) So LEISNER, Grundlagen, S. 45, der die gesellschaftliche - und in der Verfassungsordnung des GG auf "Arrangement", nicht Zwang, beruhende - Komponente des Rechts völlig außer Acht läßt.

IV. DEMOKRATIE UND BEAMTENTUM

(1) Demokratische Einflußnahme auf die Verwaltung

Einer eher noch größeren Zurückhaltung als im Bereich des sozialen Rechtsstaats begegnen wir in der Literatur bei der Behandlung von Problemen, die das Verhältnis der Staatszielbestimmung "Demokratie" zur Verwaltung betreffen¹⁴⁶⁾. Teilweise wird das Fehlen einer demokratischen Tradition als Argument gegen "Demokratisierungswünsche" in diesem Bereich verwendet¹⁴⁷⁾. Es findet sich auch die Behauptung, die Verwaltung sei schon im höchsten Grade "demokratisiert", weil "letzten Endes" alle Verwaltungsentscheidungen der Kontrolle des Parlaments unterlägen¹⁴⁸⁾. Fast alle Abhandlungen durchzieht der Grundgedanke, daß "Demokratie" ein so unbestimmter Begriff sei, daß mit ihm verfassungsrechtlich wenig oder gar nichts anzufangen sei¹⁴⁹⁾.

Angesichts dieses Bildes scheint es bereits verwegen, den Begriff "Demokratie" in diesem Zusammenhang überhaupt - geschweige denn in einer Kapitelüberschrift - zu verwenden. Die Entwicklung eines umfassenden Demokratiebegriffes ist freilich kaum möglich. Lohnend erscheint aber der Versuch, einen überschaubaren Teilbereich unserer Verfassungsordnung in Relation zu den hergebrachten Grundsätzen zu bringen. Die Furcht vor grundsätzlicher Auseinandersetzung kann dort nicht durchgreifen, wo es um Aussonderung von Begriffen geht, die zweifelsfrei anderen Rechtsbereichen zuzuordnen sind, und auch dort nicht, wo eindeutige verfassungsrechtliche Kriterien der Zuordnung zum demokratischen Bereich zu gewinnen sind.

Bei der Behandlung dieser Probleme muß immer wieder das methodische Grundproblem im Auge behalten werden, das dieses IV. Kapitel beherrscht: ist es überhaupt möglich, "auslegungsleitende Momente" für Art. 33 Abs. 5 aus den Staatszielbe-

146) Vgl. nur LEISNER, Mitbestimmung S. 29 ff. m.N.; QUARITSCH 48. DJT, O 55 f.; weitergehender THIEME, Gutachten 48. DJT, S. D 25

147) So LEISNER aaO, S. 32

148) HARTKOPF in BMI-Dokumentation 17/70, S. 18

149) Vgl. nur QUARITSCH aaO, LEISNER aaO

In der Darstellung ISENSEEs (Beamtenstreik, S. 116 ff.) bezeichnet "Demokratie" vor allem die Entschließungsfreiheit des Gesetzgebers. Demokratie wird unter den "Staatsformbestimmungen" rubrifiziert.

stimmungen zu gewinnen ? Zu bedenken ist hier, daß die fehlende demokratische Tradition der hergebrachten Grundsätze rechtlich kein "Nullum" ist, sondern auf zahlreiche Grundsätze Einfluß gehabt hat, die ihrerseits in Konkurrenz zu demokratischen Direktiven treten können. Der Spielraum für die Auslegung wird also nicht notwendigerweise größer.

Im Gegensatz zum III. Kapitel - das mehr auf die traditionellen Abgrenzungskriterien abstellte, muß hier eher auf den "Gegentwurf" der Verfassung abgestellt werden. Die endgültige Bewertung sich evtl. ergebender "indirekter" Konkurrenzen erfolgt später.

Demokratie bedeutet für die Verwaltung zunächst, daß sie ihre Arbeits- oder Führungsimpulse aus dem demokratischen Bereich zu beziehen hat (S. 17 - 31), daß sie also im Verhältnis zum Adressaten nicht "frei" ist¹⁵⁰). Darüberhinaus bedeutet Demokratie für die Verwaltung aber - etwa im Gegensatz zur Judikative¹⁵¹) auch, daß sie als Planungs- und Vollzugsinstitution einer ständigen Rückbindung an die (verfassungs-)rechtlich legitimierten Einflußzentren unterliegt. Dieser Tatbestand wird meist als "Kontrollbefugnis" von Parlament, Regierung und Rechnungshöfen beschrieben. Demokratie bedeutet schließlich Einordnung der Verwaltung in den politischen Prozeß. Diese - manchmal bedauerte¹⁵² Tatsache ist nicht nur vom Grundgesetz gewollt, sondern gleichzeitig eine der wesentlichen Rechtfertigungen der Verwaltung¹⁵³).

Auf diesen letzten Aspekt ist vor allem einzugehen. Zunächst ist festzuhalten, daß hier Demokratie zunächst als Prozeß, nicht als Zustand (Organisation) angesprochen ist. Die vorherrschende Auffassung, einzelne Institutionen (Parlament, Verwaltung, Presse, Parteien, Gewerkschaften usw.) auf ihre demokratische Struktur hin abzuklopfen, und daraus resignierend die Folgerung zu ziehen, daß es keinen einheitlichen "Demokra-

150) Vgl. Art. 20, III GG

151) Die Judikative wird - mit Einschränkungen - aus dem demokratischen Führungskreislauf "entlassen", nachdem die demokratischen Impulse als Gesetze in Geltung sind; die ständige Rückbindung fehlt jedenfalls, vgl. Art. 97, I GG. Zum politischen Bezug des Rechts vgl. RICHTER, Gutachten 48. DJT, Teil F, isbs. S. 21 ff.

152) Vgl. nur MÜLLER-HEIDELBERG DVB1. 61, 757, 762; WOLFF, Verwaltungsrecht I, 1971⁸, S. 57

153) Vgl. schon oben S. 17 - 31 (Zusammenfassung).

tiebegriff" gebe, ist nicht geeignet, Aufschlüsse über dieses Verhältnis von Demokratie und Verwaltung zu geben¹⁵⁴⁾.

Die Frage, wie demokratische Einflußnahme auf die Verwaltung im Führungskreislauf des GG konzipiert ist, wird dann bedeutungslos, wenn man den "Verwaltungsstaat" oder den "Beamtenstaat" fraglos akzeptiert.¹⁵⁵⁾

In diesem Punkte besteht Affinität zu den bereits früher (oben S. 50 ff.) erläuterten Stabilitätsthese, deren¹⁵⁶⁾ Demokratieförderung sich durch einen - demokratischer Einflußnahme oder gar "gesellschaftlichen Interessen" durchaus unzugänglichen - "neutralen", "unabhängigen", "staatlichen" Bereich auswies. Ist uns als Ausfluß dieser Auffassungen bereits die pseudo-demokratische Rechtfertigung des Beamtentums begegnet (S. 77), so bezeichnet Kelsen gar als "Demokratie der Vollziehung" (157) die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und die strengste Neutralität ihrer Durchführung. Nach heutiger Verfassungslage könnte es sich hierbei nur um Teilinhalte der Rechtsstaatlichkeit handeln (158): die angestrebte eindeutige Aussonderung aus dem Demokratiebereich (vgl. S. 122) ist folglich problemlos.

Die heute überwiegende Ansicht konzidiert zwar, daß der im Grundgesetz vorgesehene demokratische Prozeß, insbesondere die verschiedenen Formen politischer Willensbildung (neben Art. 38, I und 28, I, 2 und 3 eben auch die Art. 5, 8, 9, 21 GG!) für die gesamte Verfassungsordnung von entscheidender Bedeutung ist (- dies kann angesichts der Rechtsprechung des BVerfG

154) Vgl. die Darstellungen bei LEISNER, Mitbestimmung, S. 29 ff., HENSCHKE-KITTNER, Mitbestimmung in Presseunternehmen, ZRP 72, 177 ff. m.w.N.; hierzu sehr informativ KÜBLER, Gutachten 49.DJT (1972), isbs. S. D 37 ff.

155) Zu diesen Begriffen LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, S. 131 m.N.

156) STEGERWALD (zit. BENZ, Beamtenverhältnis S. 144) spricht in einer interessanten Sprachvariante davon, daß Parteien und Parlament den Beamten in der Weimarer Zeit keinen "Respekt" abgenötigt hätten.

157) Kelsen, Vom Wert und Wesen der Demokratie, 1929², S. 71, 76

158) Vgl. oben S. 117 ff.; LEISNER, der Kelsen zitiert, geht auf diese Begriffsvertauschung nicht ein (Mitbestimmung S. 32). Auch ISENSEE (Beamtenstreik, S. 117) rekurriert allzusehr auf die Rechtsstaatlichkeit und setzt andererseits die beamtengesetzliche Prärogative (des Parlaments) mit einer "exponierten demokratischen Grundlage" gleich. Der weitere demokratische Aspekt wird in den Bereich der "vielfältigen Verstrickungen des gesellschaftlichen Lebens" (118) abgedrängt.

zu Art. 5¹⁵⁹⁾ und Art. 21 GG¹⁶⁰⁾ auch nicht zweifelhaft sein); die herrschende Meinung versucht aber, (und hier befindet sie sich nur noch in oberflächlicher Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BVerfG¹⁶¹⁾) die Verwaltung - und in Sonderheit das Berufsbeamtentum - aus diesem demokratischen Prozeß "herauszuhalten"¹⁶²⁾. Ganz in der Nachfolge der Weimarer Diskussion wird z.B. die

"Trennung von politischer Willensbildung und der Sache verpflichteter Ausführung der in demokratischer Willensbildung getroffenen Entscheidung" (163)

gefordert. Wer dieser "fachlichen Repräsentation" (S.82 ff) weniger zuneigt, stoppt den Führungskreislauf eher noch früher: die Verwaltung wird wieder zur rein "etatistischen Kategorie"¹⁶⁴⁾; allenfalls wird noch zugestanden, daß die

"Autonomie dieses staatlichen Handlungssystems...weder Beeinflussungsverbot noch Informationssperre (bedeutet) (165).

Diese Ausführungen QUARITSCHs auf dem 48.DJT bedürfen, da sie in erheblichem Maße repräsentativ für die hM sind¹⁶⁶⁾, einer näheren Analyse.

159) Vgl. nur die Übersicht bei KUBLER, Gutachten zum 49. DJT S. D 40 ff.

160) Kurze Zusammenfassung bei MENZEL, Parteienstaat und Beamtentum, DVBl. 70,433 (434 FN 7).

161) Z.B. deutet die bereits zitierte (o. S.51) E 21,329,345 des BVerfG mit der Formulierung "im politischen Kräftespiel" die Einbeziehung in den politischen Prozeß an; die relative Folgenlosigkeit dieser Aussage (vgl.o.S.51 ff.) ist auch durch die Verweisung auf ältere Entscheidungen (isbs. E 8,1,16) mitbedingt. Auch dort wird aber (und seitdem in st. Rspr.) auf das Gesamtbild der Verfassungsordnung, insbesondere den freiheitlichen demokratischen Staat, abgestellt, in den das Beamtentum einzubetten sei.

162) So (bezeichnend) formuliert von JUNKER, ZBR 67,65

163) GÜRG, in Staatslexikon I, 1957^b, Sp. 965 ("Beamter").

164) KÖTTGEN, in Staatslexikon aaO, Sp. 1196 ("Öff.Dienst").

165) QUARITSCH, Referat 48. DJT (1970), S. 0 36

166) Vgl. die dem Referat von QUARITSCH dezidiert zustimmenden Beiträge auf dem 48.DJT von ULE (O 67), STERN (O 60), GEFFERS (O 83) sowie die von RABUS geschilderten Mehrheitsverhältnisse (O 121). Ganz auf der Linie QUARITSCHs auch ISENSEE, Beamtenstreik S. 118 (exemplifiziert im Hinblick auf das Parlament).

Allerdings kann hier der Streit nicht auf eine allgemeine Auseinandersetzung mit der zugrundeliegenden dualistischen Konzeption von "Staat" und "Gesellschaft" ausgedehnt werden , weil dies den Rahmen der Arbeit sprengen würde¹⁶⁷⁾.

Die demokratische Funktion von Meinungsfreiheit und Presse, "für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung schlechthin konstituierend"¹⁶⁸⁾, ist nach der Rspr. des BVerfG ein Stück des Führungskreislaufes. Verbürgt ist nämlich auch, daß "die in der Gesellschaft und ihren Gruppen unaufhörlich sich neu bildenden Meinungen und Forderungen".."an die politisch handelnden Staatsorgane"¹⁶⁹⁾ heran(getragen)" werden können¹⁷⁰⁾. Aus der prägnanten Wendung des BVerfG - das "Staat" und "Gesellschaft" durchaus in herkömmlicher Manier verwendet - :

"Ein demokratischer Staat kann nicht ohne freie und möglichst gut informierte öffentliche Meinung bestehen" (171) -

wird bei QUARITSCH die Duldung jenes konstitutiven demokratischen Prinzips ("keine Informationssperre"), soweit es für die Verwaltung (die "Amtsträger") zugelassen wird.

Daß hier keine Zufälligkeit, sondern - auch sprachlich sichtbare - Methode regiert, soll im Folgenden noch deutlicher werden. Dazu müssen wir uns dem sehr umstrittenen Bereich der Beziehungen von Parteien und Verwaltung zuwenden.

167) Vgl. immerhin oben S.43, 51 ff, 119. Eingehende Kritik an der Organologie bei KIMMINICH, Deutsche Verfassungsgeschichte S. 331 ff; informativ auch MENZEL aaO (N 160)

168) BVerfGE 7,198,208; 10,118,121; 12,113,125 st.Rspr.

169) Das schließ die Verwaltung, die ganz entschieden "politisch" handelt, mit ein. Vgl.o.S. 21 f.

170) BVerfGE 20,162,175 ("SPIEGEL-Fall"); die hM erfaßt diesen Vorgang (m.E. zu einseitig) fast ausschließlich unter Grundrechtsaspekten und unter dem Begriff der "Integration"(vgl. ISENSEE, Beamtenstreik S. 118 m.N. inFN6, 7), - obwohl der Prozeß auf Seiten der 'Gesellschaft' mit dem Terminus "Einflußrechte zum Staat hin" (ISENSEE aaO) sehr viel exakter beschrieben ist. Die Einordnung dieses Prozesses in den Führungskreislauf fehlt - im Hinblick auf die Verwaltung - bei ISENSEE allerdings völlig (aaO S. 120), der nur die Repräsentativorgane berücksichtigt.

171) BVerfGE 27,71,81; Hervorhebungen nicht im Original

(2) Demokratische Einflußnahme auf die Verwaltung, Fortsetzung:
Politische Parteien und Beamtentum im Grundgesetz

Das BVerfG hat in zahlreichen Entscheidungen die Rolle der politischen Parteien im Verfassungsgefüge untersucht¹⁷²⁾.

Der z.B. von MENZEL hervorgehobene Widerspruch zwischen älteren und neueren Entscheidungen ist in unserem Bereich nicht entscheidend (173): wenn es auf die Stellung der Verwaltung im demokratischen Prozeß, ihre "verfassungsstrukturelle" (174) Eingliederung ankommt (S. 123), sind sogar die von MENZEL kritisierten Ausführungen des BVerfG teilweise interessanter. Wenn das Gericht vom

"..Verfassungsgebot der grundsätzlich staatsfreien und offenen Meinungs- und Willensbildung vom Volk zu den Staatsorganen" (175)

überzeugt ist, so deutet dies zunächst Ausgangspunkt und Richtung des Führungskreislaufes an. "Staatsfrei" bedeutet dann nur Verbot der "Einfügung" oder Eingliederung politischer Parteien in den "Staat"¹⁷⁶⁾. Vom Verbot einer Einflußnahme der politischen Parteien auf die Verwaltung kann nicht die Rede sein, wie im übrigen sogar das Verbot der Einflußnahme des "Staates" auf demokratische Einflußzentren und -organe nicht strikt durchgehalten werden kann¹⁷⁷⁾. Die politische Partei hat im Gegenteil - und dies mindestens im gleichen Um-

172) Vgl. BVerfGE 1,225; 2,73; 4,28; 5,133f.; 11,241,273; 12,280; 13,9; 14,129; 20,101

173) MENZEL, Parteienstaat und Beamtentum DVBl. 70, 433,434 + FN 7; MENZEL muß allerdings diese Bedenken vorbringen, da es ihm um eine genauere Analyse des "Parteienstaats" geht.

174) Zum Begriff EIMKE in: Festschrift für Arndt (1969),77,84.

175) BVerfGE 20, 101

176) So auch BVerfG aaO, das allerdings über das Verbot der Zwangsinkorporation einer Partei durch den Staat wesentlich hinausgeht, vgl. gleich N 177.

177) Die Problematik ist durch die sog. Parteienfinanzierung (BVerfGE 20, 56 ff.) deutlich geworden. Das Gericht stellt richtig auf die Chancengleichheit ab (aaO, 96 ff.), ist jedoch in seiner Behauptung, daß der Meinungs- und Willensbildungsprozeß des Volkes grundsätzlich "staatsfrei" bleiben müsse (N 175), zu undifferenziert (insofern zutr. HESSE, Grundzüge³, S. 73). HESSE kann jedoch nicht gefolgt werden, wenn er eine Einflußnahme der Parteien auf die Verwaltung ablehnt (aaO S. 68). HESSE unterliegt hier dem Irrtum der hM von der "politischen Neutralität" der Verwaltung -vgl.o.S.21 f.,50 ff. - und setzt uneingeschranktenmaßen demokratische Einflußnahme gegenüber der Verwaltung mit politischer Pression gleich.

fang wie die Presse¹⁷⁸⁾ - ein garantiertes Recht demokratischer Einflußnahme auf die Verwaltung, soll sie doch "für eine ständige lebendige Verbindung zwischen dem Volk und den Staatsorganen sorgen" (vgl. § 1,II letzter H.S. ParteiG).

Die herrschende Meinung zeichnet sich durch die - auch an anderer Stelle erkennbare¹⁷⁹⁾ - Tendenz aus, dieses Recht auf Einflußnahme zu minimisieren.

Einige der traditionellen Wurzeln der Abneigung des Beamtentums bzw. seiner Schriftsteller gegen die politischen Parteien haben wir bereits kennengelernt (oben S. 53 ff, 73 ff.). Korrekter wäre es wohl, von einem Kampf gegen die Linksparteien, isbs. gegen die Sozialdemokratie, zu sprechen, die zunächst eine sehr skeptische Haltung gegenüber dem Berufsbeamtentum hatte (180), ihrerseits aber auch vom Zugang zu den öffentlichen Ämtern ausgeschlossen war (181). In der Weimarer Zeit entwickelte gerade das Oberbeamtentum kein rechtes Verhältnis zu diesen Problemen, sondern wies eher "demokratische Mangelerscheinungen" (182) auf, die auch in der Rechtslehre deutlich zu Tage traten (183). Die Oberbeamten blieben "führende Organe des Staates und seiner Verwaltung", wurden nicht "ausführende Organe der Staatsverwaltung" (184). Als Bundesgenossen wurden hingegen Parteien akzeptiert, die dem Wunsch nach größerer

- 178) Das Recht der Einflußnahme der Presse ist unbestritten (vgl. BVerfGE 20,162, 175 und oben S. 126). Die Presse erfüllt insoweit eine - vom BVerfG in Parenthese gesetzte (aa0) - "öffentliche" Aufgabe. Das gleiche muß auch für die politischen Parteien gelten, die vom BVerfG anfangs sogar in den Rang einer verfassungsrechtlichen (quasi "halbstaatlichen") Institution erhoben wurden (vgl. N 172 bis E 18,37). Wer den politischen Parteien dieses Recht abstreitet, ist allzuleicht geneigt, lediglich negative Einflüsse zu sehen und die praktische Arbeit der politischen Parteien geringzuschätzen - eine angesichts der Weimarer Entwicklung gefährliche Tendenz.
- 179) Z.B. bei der restriktiven Interpretation von Art. 20 GG im Hinblick auf Art. 29,118 GG (hierzu LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, S. 78 ff. m.N.). Auf die Gefahren einer "Vierjahres-Demokratie" macht MENZEL (aa0) aufmerksam.
- 180) Vgl. bereits das Erfurter Programm (1891) der SPD : "Wahl der Behörden (nicht der "Beamten", Verf.) durch das Volk, Verantwortlichkeit und Haftbarkeit derselben."
- 181) Reichskanzler v. BULOW im Reichstag am 14.12.1903 : "Ich nehme keinen Anstand zu erklären, daß ein Beamter nicht Sozialdemokrat sein kann..Einen solchen Beamten werden wir nicht dulden" (zit. ANDERS, Die ersten hundert Jahre - (1963), S. 230 f.).
- 182) HAMANN-LENZ, Das GG für die BRD, Art. 33 Anm. B 7
- 183) Vgl. KIMMINICH aa0, S. 551 f. und 571 f. mit zahlreichen Nachweisen zur Theorie der NS-"Rechtslehre" und ihrer Wegbereiter.
- 184) STEGERWALD aa0 (N 156).

"Einheit" entgegenkamen und die "Nation" in den Vordergrund stellten (185). Andere Parteien blieben demgegenüber "Minderheitsgruppen mit egoistischer Einstellung" (186), wenn sie solch vorgebliche höhere Einheit leugneten. Durch diesen Rückzug des Oberbeamtentums von "den unheimlichen gesellschaftlichen Gewalten" (187) auf einen Bereich höherer Einheit und - gleichermaßen wichtig - auf einen Bereich "rationaler Neutralität" (vgl. S. 78 ff.) wurde der parteipolitische und damit auch der demokratische Bereich ausgehöhlt (188). Die Verwaltung verstand sich als "unpolitisch" und konnte deshalb - nicht zufällig in einer Richtung - als politisches Instrument des Nationalsozialismus eingesetzt werden (189).

Die Deutung dieser geschichtlichen Entwicklung, die wesentlich mit dem nicht bewältigten Anpassungsproblem des Beamtentums gegenüber dem ersten parteienstaatlichen Versuch in Deutschland zusammenhängt, erfolgt nach 1949 in teilweise recht unangemessener Weise:

"Ich möchte das Phänomen Nationalsozialismus dahin auslegen, daß an die Stelle des Staates eben die Parteiorganisation gesetzt (!) wurde, ein Vorgang, den es in der deutschen Geschichte noch nicht gegeben hatte. Dennoch blieb die Institution des Berufsbeamtentums als verfassungspolitische Grundordnung in ihrem Kern erhalten (!)" (190).

In dieser - und in ähnlichen¹⁹¹⁾ - Aussagen erscheint das Berufsbeamtentum als so "neutral", daß es unter jedem beliebigen Staat - auch unter dem Terrorregime des III. Reiches - seinen "Kern", seinen "Wesensgehalt" bewahren könnte. Eine unerfreuliche Folgerung, die das BVerfG entschieden bekämpft hat¹⁹²⁾.

Auch vom BVerfG nicht "bewältigt" wurde hingegen der aus der Weimarer Lehre überkommene scharfe Gegensatz zwischen "Staats-

185) Vgl. die Nachweise oben S. 53 ff.; daran im Prinzip festhaltend MIESSNER, Um die Sicherung des Berufsbeamtentums (1953) S. 10; zur soziologischen Basis der NSDAP N. bei KIMMINICH aaO, S. 557f. M.W. keine Analyse der DVP existent.

186) So die Analyse von BENZ, Beamtenverhältnis, S. 37

187) E. KAUFMANN zit. bei MENZEL aaO S. 433

188) JACOBY, Bürokratisierung, S. 248; vgl. auch KIMMINICH aaO, 475 f., 496 ff., 535 mit zahlr. Nachweisen

189) BVerfGE 3, 89 ("Beamtenurteil"); MORSTEIN MARX, Einführung in die Bürokratie, S. 198 f.; BARING in WEBER - NEEBE-BARING aaO, S. 31 f.

190) v. MERKATZ in SCHEUNER-v. MERKATZ, Die politischen Pflichten und Rechte des deutschen Beamten, S. 58. Diese völlig ungeschichtliche Deutung (vgl. oben S. 75 N 254) ist ebensovienig ein "Zufallsprodukt" wie es der Nationalsozialismus selbst ist (vgl. KIMMINICH, 542 ff.).

191) MIESSNER aaO S. 9; ähnl. BGHZ 13, 292, 296 f.

192) BVerfGE 3, 76, 132 f. (Beamtenurteil).

politik" und "Parteipolitik". Hemmschuh auf dem Wege zur Entwicklung einer Zuordnung des Beamtentums zum parteipolitischen Bereich waren die §§ 35 BRRG und 52 BBG, die in Anlehnung an Art. 130 I 1 WRV den "hergebrachten Grundsatz" formulieren, daß der Beamte dem ganzen Volk, nicht einer Partei dient¹⁹³⁾.

Leider ist es müßig darüber zu spekulieren, welche theoretische Entwicklung eingetreten wäre, wenn diese Bestimmung vor allem als Verbot eines Staatsparteidienstes aufgefaßt worden wäre.

So aber versucht die herrschende Meinung erst gar nicht, den durch Art. 21 GG angesprochenen Prozeß demokratischer Einflußnahme auf die Verwaltung zu analysieren, sondern zieht sich - in Kopie der Weimarer Diskussion - mit unterschiedlicher Gewichtung auf die angeblichen Gegensatzpaare (a) "Staatspolitik" und "Parteipolitik", (b) "Gemeinwohl" und "Parteiinteresse" sowie (c) "Politik" und "unpolitische Verwaltung" zurück¹⁹⁴⁾.

Den letzten angeblichen Gegensatz mußten wir gleich zu Beginn der Arbeit (S. 21) als unzutreffend zurückzuweisen; auch die weiteren Untersuchungen haben ergeben, daß sich das Beamtentum zwar häufig als "unpolitisch" verstanden hat, tatsächlich aber immer politisch gewirkt hat (195).

Gemeinwohl und Parteiinteresse stehen in einem Austauschverhältnis: weil "Gemeinwohl" in der Verfassungsordnung des GG kein "selbständig" bestimmbarer Begriff mehr ist¹⁹⁶⁾, kommt gerade den Austauschvorgängen erhöhte Bedeutung zu¹⁹⁷⁾. Angesichts der überragend wichtigen Stellung der politischen Parteien im GG schlagen sich legitimerweise ihre "Interessen", das sind ihre jeweiligen "Gemeinwohlprogramme"¹⁹⁸⁾, in ganz besonderem Maße im jeweiligen "staatlichen" Gemeinwohlprogramm nieder.

193) Den negativen Einfluß der §§ 35 BRRG, 52 BBG stellt MENZEL aaO (S. 443) heraus.

194) Vgl. N. oben S. 53 ff. und 73 ff.; BGHZ 13, 292 (296 f.); GREWE, Referat 39. DJT S. 27 f. ("keine staatspolitische Neutralität"); FISCHBACH DVBl. 1951, 99, 100 f.; KÖTTGEN DÖV 64, 145, 150 f.; QUARITSCH Referat 48. DJT O 39 f. (mit Wortspiel: "Partei steht pars pro toto, nämlich für jede pars societatis") u.v.a.

195) Vgl. S. 21 f., 126, 129 sowie: SCHEUNER in SCHEUNER-v. MERKATZ (N 190), S. 12 ff.; MENZEL aaO S. 439 ff. m.N.; LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, S. 11 m.N.

196) Vgl. oben S. 77

197) Vgl. bereits S. 27

198) Insoweit zutr. QUARITSCH aaO (O 39).

Dedenklich ist umgekehrt, daß die in Art. 21 vorausgesetzten, aber nicht benannten weiteren Träger politischer Willensbildung, wegen der bereits konstatierten Tendenz zur Minimierung ihres Einflusses (S. 128 N 179) kaum noch zum Zug kommen. Lediglich den Gewerkschaften gelingt dies noch in gewissem Rahmen, während sonstige Formen der im GG zugelassenen (und gewünschten) Einflußnahme durch die "interessierte Öffentlichkeit" durch einen eigenartigen ministerialbürokratischen Lobbyismus abgelöst wurden (199). Diese Art der Einflußnahme zeichnet sich durch eine Kurzschließung der im GG vorgesehenen Wege der Einflußnahme aus, weil sie unter Umgehung des demokratischen Bereichs erfolgt (200). Die Begrenzung des Einflusses der politischen Parteien würde aller Voraussicht nach bedeuten, daß in dem so freigewordenen Feld weitere Formen des demokratischen Kontrolle nicht unterliegendem Lobbyismus zum Durchbruch kämen. "Gemeinwohlprogramme" würden hierbei wohl kaum verfolgt werden.

Ebenso undifferenziert wie die vorausgegangenen Gegenüberstellungen ist der behauptete Gegensatz zwischen "Staats-" und "Parteipolitik". MORSTEIN MARX meint zu Recht:

"Der Mann der Politik und der Verwaltungsmann sind nicht natürliche Widersacher" (201), weil - so möchte ich fortfahren - der eine ohne den anderen nichts tun darf, der andere ohne jenen nichts tun kann.

Die Vorrangstellung des "unentbehrlichen Fachmanns"²⁰²⁾ ist aber nicht problemlos:

"Es liegt auf der Hand, daß die Erfüllung öffentlicher Funktionen nicht als natürliche Konsequenz die Entwicklung eines wahrhaft öffentlichen Geistes nach sich zieht" (203).

Der geforderte "öffentliche Geist" kann nun aber nicht durch den Rückzug auf einen "anvertrauten Wertkomplex"²⁰⁴⁾ erworben werden, sondern nur im ständigen Austauschprozeß zwischen "Staatspolitik" und "Parteipolitik"²⁰⁵⁾.

Dieser Austauschprozess ist in der Verfassungsordnung des GG vorgezeichnet (Art. 21 GG ; vgl. § 1 ParteiG) und zwar - im Gegensatz zu Vorstellungen von "Vierjahres-Demokratie" - als kontinuierliche Einwirkungsmöglichkeit.

199) Vgl. MENZEL aaO S. 434 FN 6 und LORENZ, in Loccumer Protokolle 3/69, S. 48

200) LORENZ ebda.

201) MORSTEIN MARX, Dilemma, S. 81 in Bezug auf das Verhältnis von "Bükratie und Verfassungsstaat" (S.80). Ähnlich auch LEISNER, Grundlagen, S. 17

202) RONNEBERGER aaO S. 139 203) MORSTEIN MARX aaO S. 83

204) So KÖTTGEN, Grundgesetz und Beamtentum, S. 235 f.

205) Begreiflicherweise sind hiervon nicht alle Beamten gleichermaßen betroffen.

Dies stimmt auch mit der Verfassungswirklichkeit überein.

Nimmt man als Beispiel ein Regierungsprogramm - das sich selbst weitgehend als Arbeitsprogramm der Verwaltung auswirkt(206) - muß man feststellen, daß es fast ausschließlich "parteipolitische" Züge trägt: "liberale Handschrift" z.B. heißt realiter parteipolitischer Einfluß der F.D.P. Darüber hinaus ist das Regierungsprogramm im Mehrparteiensystem immer zugleich "Antwort auf die Opposition". Das Programm ist seinerseits auch nicht weiterer parteipolitischer Diskussion entrückt, sondern verbleibt im Austauschprozess. Dadurch werden u.U. Adaptionen und Änderungen notwendig, die sich wiederum auf die Arbeit der Verwaltung auswirken.

Erkennt man diesen Prozeß der ständigen Verzahnung zwischen Staats- und Parteipolitik und berücksichtigt man Ausgangspunkt und Richtung des Führungskreislaufes (vgl. S. 127), wird es unfruchtbar, ein statisches Modell von "Staatspolitik" einerseits, "Parteipolitik" andererseits zu entwerfen und anschließend zu sezieren. Ein solcher Versuch bleibt auch dann fruchtlos, wenn man die z.B. von LEIBHOLZ gezogene Folgerung einer partiellen Identität von politischen Parteien und Staat²⁰⁷⁾ nicht mitmacht; auch dann kann man nämlich nicht über den vom GG gewollten Austauschprozess hinweg.

Auffassungen, die vom hergebrachten Vorverständnis getragen werden, geraten denn auch in ein Dilemma:

"Neutralität bedeutet nicht Indifferenz gegenüber Parteiauffassungen und Programmen gesellschaftlicher Gruppen, die zum Regierungsprogramm avanciert sind und sich in verfassungsmäßigen Gesetzen und rechtmäßigen Dienstanweisungen niederschlagen haben." (208)

QUARITSCH bringt damit das Beamtentum in die mißliche Situation des politischen Außenseiters: der Beamte darf sich nicht am politischen Prozeß beteiligen, sondern muß auf Resultate warten, die ihm - für die Zeit bis zur nächsten Änderung - Arbeitsimpulse liefern können. Parteipolitik muß erst zum Regierungsprogramm "avancieren" und sich in Gesetzen und Dienstanweisungen niederschlagen, um den Beamten aus seiner angeblich erwünschten Indifferenz (Neutralität) herauszuholen. Mit dieser passiven Rolle, die kommunikative und kreative Bedürfnisse des Beamten völlig vernachlässigt, beschreibt QUARITSCH - wie auch anderer Stelle deutlich wird (209) - das perfektionierte Eingriffskonzept Max WEBERS, das nur für einen kleinen Teil der Verwaltungsaufgaben brauchbar ist (210).

206) MORSTEIN MARX in:DERS.(Hrsg.), Verwaltung (1965), S.109 ff., 119; auch ULE verweist (im gleichen Band) auf die Bindung der Verwaltung an die Richtlinien der Politik, aaO,S.259.

207) LEIBHOLZ, Gestaltwandel S. 245

208) QUARITSCH Referat 48. DJT S. 0 40

Noch deutlicher wird die Schwäche dieses Konzepts, wenn man es zusammenhängend analysiert:

QUARITSCH meint, daß durch die "Autonomie des staatlichen Handlungssystems" die gubernativen Instanzen in die Lage versetzt würden, über "Aufgabenstellung und Aufgabenvollzug einseitig zu bestimmen, also ohne vom Plazet nichtstaatlicher Instanzen, nämlich 'gesellschaftlicher' Größen und Gruppen abhängig zu sein" (211).

Entknotet man diese Begriffe, ergibt sich zunächst eine Selbstverständlichkeit: demokratische Bezogenheit und Einflußnahme bedeutet kein Vetorecht "gesellschaftlicher" Gruppen und keine Abhängigkeit im Sinne eines Angewiesenseins auf ein Plazet dieser Gruppen. Die getroffenen Maßnahmen bleiben auch ohne dieses "Plazet" rechtswirksam. Auch dies ist eine Banalität, da bei divergierenden Interessen - was wohl der Regelfall sein dürfte! - notwendig und immer das Plazet mindestens einer "gesellschaftlichen" Gruppe fehlt. Hieraus läßt sich jedoch keine "Einseitigkeit" und "Autonomie" des Staates folgern, viel eher ein Kooperationsmodell: Demokratie als Verbesserung des sozialen Kompromisses (212) verbietet es geradezu, daß der "Staat" einseitig über Aufgabenstellung und - vollzug befindet. Für wenn wäre er dann noch tätig? Ein solcher Staat hätte in der Demokratie wohl kaum eine politische Überlebenschance!

QUARITSCH könnte darauf hinweisen, daß er die Parteien selbst zu den gubernativen Instanzen rechnet²¹³⁾. Dies steht freilich völlig im Gegensatz zur sonstigen "Trennungsideologie"²¹⁴⁾.

209) QUARITSCH aaO S. 0 37 : "Überlegenheit und optimale Reaktionsmöglichkeit" sollen (u.a)"dienstliche Weisung, militärischer Befehl, Gesetz, Verwaltungsakt und Richterspruch" gewährleisten. Andere Beispiele gibt QUARITSCH nicht.

210) Vgl. oben III. Kapitel VI (Hierarchie), isbs. 93f. m.N.

211) QUARITSCH aaO S. 0 36

212) THIENE, Gutachten zum 48.DJT, S. D 25 m.N.

213) QUARITSCH aaO S. 0 55 (These 2)

214) Vgl. CZYBULKA, Diskussion 48.DJT S. 0 113

215) QUARITSCH aaO S. 0 36 (zur Kritik auch oben S. 43 N 68). Bereits die Verwendung des gleichen Begriffes "Partei" zur Kennzeichnung unterschiedlichster Sachverhalte (Demokratie/Totalitarismus) fast im gleichen Atemzug macht stutzig. Ein ähnliches Beispiel gibt GARTNER in SCHEUNER-v.MERKATZ (N 190): Zwar geht er richtig davon aus, daß "Staats- und Parteipolitik..nicht scharf voneinander zu trennen (sind)". Wenn er aber fortfährt: "Das gilt besonders in totalitären auf eine Partei und Idee in der Politik gegründete Diktaturen, es gilt aber auch in der parlamentarischen Demokratie" (S. 12) - vergleicht er Unvergleichbares und setzt einen schiefen Akzent.

Staat und Gesellschaft sind danach getrennt und "diese Trennung läßt sich nur um den Preis des totalitären Einparteienstaates aufheben.." (215). Die gubernative Instanz des "Modernen Staats" 'Partei' (216) bleibt trotz ihrer "prinzipiellen" Verschiedenheit gesellschaftliche Gruppe (217). Damit ist die Begriffsverwirrung komplett. Das Problem der Zuordnung von Demokratie zur Verwaltung wird hintangestellt zugunsten eines Begriffsapparats, der in seiner ganzen Unzulänglichkeit auch noch die Unterscheidung von öffentlichem und privaten Recht begründen soll (218).

Offenbar kann die - von "hergebrachten Grundsätzen" bestimmte - herrschende Meinung keine Zuordnung von Demokratie zur Verwaltung leisten (219). Ihre Theoreme sind nach wie vor bestimmt von einem kaum verhüllten Mißtrauen gegenüber den politischen Parteien, denen das grundgesetzliche Recht auf demokratische Einflußnahme streitig gemacht wird.

Nicht überall zeigt sich dieses Mißtrauen so deutlich wie bei ULE: der Übergang in die Weimarer Republik (1919) ist für ihn der "Augenblick", "als die politischen Parteien offen die Macht im Staate übernahmen" (220). Hätten sie sie - als demokratische Parteien - etwa "versteckt" übernehmen sollen. Heute ist nach der Ansicht ULEs "unser Staat..in einer gewissen Gefahr, in die Abhängigkeit von Parteien und Verbänden zu geraten und damit zu einem Instrument in der Hand dieser Gruppen zu werden. Ein öffentlicher Dienst, der an dem Modell der Arbeitnehmer ausgerichtet wäre, würde eine solche Entwicklung fördern." (221) ULE scheint bei dieser Äußerung die vom Grundgesetz vorgesehene Abhängigkeit zwischen "Staat" und "Parteien" nicht bedacht zu haben: unter der Geltung des GG ist überhaupt kein Staat vorstellbar, der ohne politische Parteien auskäme!

Diese Abhängigkeit steht gar nicht zur verfassungsrechtlichen Disposition: entscheidend wäre allein die demokratische Ausgestaltung dieser Abhängigkeit, ihre Zuordnung zur Verwaltung in einem offenen und damit kontrollierbaren Prozess.

216) QUARITSCH aaO S. 0 55 217) QUARITSCH aaO S. 0 39

218) QUARITSCH aaO S. 0 37; die so "begründete" "Systemfunktion" des öffentlichen Rechts muß sich den Vorwurf bloß formaler Einbeziehung demokratischer GG-Elemente gefallen lassen. Dies wird auch an anderer Stelle (S. 0 38) deutlich, wenn QUARITSCH von den nationalstaatlichen Eigenheiten der öffentlichen Dienste spricht und hier zwar "Zeitansehungen, Denkgewohnheiten, Monarchie oder Republik, Einheitsstaat oder Bundesstaat", nicht aber die demokratische Ordnung des GG erwähnt. Diese verbietet es nämlich, von "Variationen eines überall anzutreffenden Grundmusters" (ebda.) zu sprechen. Es ist dies genau der Punkt, wo "Verwaltungsstaat" und "Beamtenstaat" fraglos akzeptiert werden (vgl.o. S. 124).

219) Im Rahmen der Arbeit kann nur diese strukturelle Divergenz herausgearbeitet werden.

Das gleiche Grundmuster - Trennung statt Zuordnung - begegnet uns in einem sehr umstrittenen Bereich wieder: hat uns bislang mehr die institutionelle Seite und der Außenbereich der Verwaltung beschäftigt, so müssen wir uns jetzt der parteipolitischen Betätigung des einzelnen Beamten und den damit verbundenen inneren Auswirkungen zuwenden.

Die Verbindung wird deutlich: soll nach hM die scharfe Trennung von "Staatspolitik" und "Parteipolitik" die Institution Berufsbeamtentum stärken (oder erst begründen) helfen, so soll der einzelne Beamte seine in gesellschaftlichen - isbs. politischen - Bereichen liegenden Interessen ins Private abdrängen oder auf ein "unschädliches Maß" reduzieren, um dadurch erst Ausführung der "Staatspolitik" zu ermöglichen²²²⁾.

220) ULE, Diskussion 48. DJT S. 0 69

221) ULE, Entwicklungstendenzen im öffentlichen Dienst,
DVBl. 70, 637, 644

222) Vgl. QUARITSCH aaO S. 0 37

(3) Demokratie und Beamtentum, Fortsetzung:
Politische Betätigung der Beamten.

Noch 1969 konnte BENZ in seiner vorzüglichen Analyse "Beamtenverhältnis und Arbeitsverhältnis" die Probleme der politischen Betätigung von Beamten nur streifen und als Ergebnis festhalten, "daß den Beamten trotz rechtlicher Beschränkung ihrer politischen Meinungsfreiheit gegenüber den Arbeitnehmern und jedem anderen Staatsbürger bis heute tatsächlich kaum ein Mehr an Verpflichtung auferlegt ist." (223)

Die verfassungsrechtliche Diskussion hat sich seitdem und zuletzt auf Grund der Erklärung der Ministerpräsidenten der Länder vom 28.1.1972 (224) erheblich intensiviert. Die Behandlung dieser Probleme, die ja zum größten Teil die Tätigkeit des Beamten außerhalb des Dienstes betreffen, rechtfertigt sich aus dem angesprochenen engen Zusammenhang mit den Repräsentations- und Elitetheorien einerseits, den Demokratievorstellungen des GG andererseits (vgl. o. S. 76 ff., S. 130 ff.).

(a) Hergebrachte Grundsätze und politische Betätigung

Als "traditionsbildender Zeitraum" ist für Art. 33 Abs. 5 GG insbesondere die Weimarer Zeit von entscheidender Bedeutung.²²⁵⁾ Art. 130 Abs. 2 WRV garantierte allen Beamten die Freiheit ihrer politischen Gesinnung und die Vereinigungsfreiheit, stellte also die Beamten den anderen Staatsbürgern gleich (vgl. Art. 118 I 1, 124 WRV). Die Vorschrift stieß in der Wissenschaft auf Ablehnung; vor allem wegen Art. 130, I WRV ("Diener der Gesamtheit") wurde ein unlösbarer Konflikt angenommen²²⁶⁾. Die parteipolitische Neutralisierung des Beamten wurde allgemein als empfehlenswert oder notwendig erachtet²²⁷⁾. Die Wurzeln dieser der Weimarer Verfassung zuwiderlaufenden Bestrebungen haben wir bereits analysiert²²⁸⁾; sie können deshalb an dieser Stelle kurz zusammengefaßt werden:

223) BENZ, Beamtenverhältnis und Arbeitsverhältnis, S. 99

224) Veröffentlicht (u.a) im Bulletin vom 3.2.1972 (Hrsg.: Bundespresse- und -informationsamt), S. 142

225) Vgl. BVerfGE 8, 332, 345; die Weimarer Zeit ist allerdings nicht ausschließliche Traditionsquelle. Vgl. die Nachweise bei M-D-H Art. 33 Rd. 55

226) C. SCHMITT, Verfassungslehre, 1928 (Neudruck 1954), S. 181f.

227) Vgl. die Nachweise oben S. 76 ff.

228) Vgl. oben S. 70 ff., 128 ff.

Ausgehend von der Ideologie eines unabhängig von parteipolitischer Willensbildung bestehenden Gemeinwohls - das am besten von den leitenden Beamten wahrgenommen werden könne - sollte die parteipolitische Neutralisierung auch das angeschlagene politische Gewicht der Oberbeamten wieder erhöhen und für Homogenität ("Standesbewußtsein") sorgen. In der Richtung anscheinend gegenläufig, sorgte die verbreitete Tendenz zur "reinen Fachlichkeit" für eine weitere Aushöhlung des politischen Bereichs. Kumulativ trat hinzu, daß das Oberbeamtentum in der Ablehnung des Weimarer Systems allgemein und in der Ablehnung "linker" Parteien speziell, geeint war (229). In diesem Sinne folgerichtig fand 1933 die Ablösung des Weimarer Systems auch unter der Kampfansage gegen die "Parteibuchbeamten" statt. An seine Stelle trat zuerst der "nationale", dann der nationalsozialistische Staat, für den der Beamte sich "rückhaltlos" einzusetzen hätte (230). Die durch diese historische Entwicklung in krasser Weise beleuchtete Schattenseite der "Tugend" Neutralität ist bei keiner Behandlung des Problems zu übergehen (231).

Nach Inkrafttreten des GG stand die hM vor einem schwierigen Problem: war die freie politische Betätigung iSd Art. 130, II WRV zugleich "hergebrachter Grundsatz" iSd Art. 33 V GG ?

Wie schon wiederholt konstatiert, zog sich die hM auf die Positionen der Weimarer Diskussion (nicht: der WRV !) zurück, ja, sie verschärfte teilweise die Forderungen nach politischer Neutralisierung bis hin zum Verbot der Zugehörigkeit zu einer politischen Partei und zum Entzug des passiven Wahlrechts²³²). Allerdings paßte hier Art. 130 Abs. 2 WRV nicht ins Konzept.

Auch in neuesten Abhandlungen wird Art. 130 Abs. 2 WRV nur höchst beiläufig erwähnt, um dann übergangslos zu konstatieren, daß die "über die allgemeinen staatsbürgerlichen Pflichten hinausgehende Bindung des Beamten.. 'hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums' im Sinne von Art 33 Abs. 5 GG" sei²³³).

229) Vgl. o. S. 128 m.N. und SÖRGEL, Konsensus und Interessen, S. 121 f. m.w.N.; Vgl. auch die Darstellungen von KIMMICH, Deutsche Verfassungsgeschichte und BRACHER, Die Auflösung der Weimarer Republik (1964⁴), beide passim; THIEME, Der öffentliche Dienst, S. 7, 10 f.; JACOBY, Die Bürokratisierung der Welt (1969), isbs. S. 247 ff; NEUMANN, Behemoth (Toronto-New York-London 1942).

230) § 4 "Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums" v. 7.4.1933 (RGBl. I, 175); § 3, II, 1 DBG v. 26.1.1937 (RGBl. I, 39).

231) MORSTEIN MARK, Einführung in die Bürokratie, S. 41 f., 176 f.; JACOBY aaO; HAMANN-LENZ, Das GG für die BRD, Art. 33 B 7

232) So ULE in BARING-ULE, Grundfragen der dt. Beamtenpolitik, (1958), S. 29 ff. 233) PLUMER NJW 73, S. 4 ff.

Nun ist die Einschränkung von Grundrechten (Art. 5,9 GG) - und das bedeutet ja diese stärkere "Bindung" juristisch - alles andere als problemlos; dies gilt erst recht im Verhältnis zu unserer problematischen Bestimmung des Art. 33 Abs. V²³⁴).

So scheint es der Untersuchung nicht angemessen, sich sofort auf diesen Artikel zu werfen, ohne zuvor abgeklärt zu haben, inwieweit Art. 33 Abs. 5 für die außerdienstliche politische Betätigung Beschränkungen zulassen kann, - oder ob nicht gerade wegen Art. 33 Abs. 5 (im Zusammenhang mit der "traditionellen" Verfassungsbestimmung Art. 130 Abs. 2 WRV) eine Grundrechtsbeschränkung in diesem Bereich ausgeschlossen ist.

In der Diskussion zu Beginn der 50er Jahre, die maßgeblich von GREWE und SCHEUNER bestimmt wurde, findet sich noch hier und da ein Hinweis auf diese Problematik, obwohl auch dort recht schnell auf die "politische Treupflicht" des Beamten ausgewichen wird.

GREWE nimmt an, daß die Garantie des Art. 130 Abs. 2 WRV durch die Bekenntnispflicht des Beamten zur freiheitlichen demokratischen Ordnung eine Schranke finde. Er fährt fort: "Wir werden in diesen Fragen über die hergebrachten Grundsätze, wie sie im Weimarer Staat formuliert und gehandhabt wurden, unter Umständen hinausgehen müssen"(235). Wenn GREWE dieses Hinausgehen über Art. 33 Abs. 5 fordert, kann dies sicher nicht - wie geschehen - mit dem pauschalen Hinweis auf die "Durchsetzung eines Verfassungsprinzips höheren Ranges" (236) geschehen. SCHEUNER hat unter Hinweis auf Art. 130 WRV und die Rechtsprechung des RG klargestellt, daß dort "eine auch heute im Grundsatz noch gültige Unterscheidungslinie zwischen der besonders gesicherten Ausübung politischer Rechte des Beamten als Aktivbürgers, in die keine Beschränkung eingreifen kann, und einer darüber hinausgehenden politischen Werbung" gezogen wurde(237). Die Unterscheidung mag als solche problematisch sein: eindeutig ist jedoch, daß der Beamte im Hinblick auf seine außerdienstliche politische Betätigung durch Art. 130 Abs. 2 WRV über die allgemeine Loyalitätsverpflichtung des Staatsbürgers hinaus nicht beschränkt werden sollte.

Da man sich dieser Konsequenz des Art. 130 Abs. 2 WRV schwerlich entziehen kann, hat eine Reihe von Autoren versucht, diese im "Beamtenteil" der WRV erscheinende Bestimmung nicht zu den

234) Hierzu noch ausführlich unter (b) und(c); vgl. aber nur M-D-H, Art. 33 Rd.59,72 m.N.; BVerfGE 19,303,322; ISEN-SEE, Beamtenstreik, S. 70

235) Vgl. die Gutachten von GREWE und SCHEUNER "Politische Treupflicht im öffentlichen Dienst", Frankfurt o.J (1951); Zitat aus GREWE, Gutachten zum 39. DJT (1951), Tübingen 1952, S. D 3 ff (D 28). 236) GREWE ebda.

237) SCHEUNER in SCHEUNER-v.MERKATZ, Die politischen Pflichten und Rechte des deutschen Beamten (1962), S. 19

hergebrachten Grundsätzen des Beamtentums zu rechnen, um damit eine weitergehende, über Art. 137 Abs. 1 GG hinausreichende politische Neutralisierung des Beamtentums zu erreichen.

Teilweise wird allerdings kaum mehr vorgebracht, als daß eine solche politische Sterilisierung wünschenswert sei (238).

In der Anfangsphase der Auseinandersetzung meint FISCHBACH,

"daß die aktive Teilnahme der Beamten an der Politik zwar auf einem Herkommen, nicht dagegen auf 'hergebrachten Grundsätzen' des Berufsbeamtentums" beruht (239).

Dazu ist zu sagen, daß die Verwendung des Begriffes "Herkommen", womit offenbar auf eine außerrechtliche oder rechtlich nur geadelte Tradition angespielt wird, im Zusammenhang mit einer Verfassungsbestimmung (Art. 130, II WRV) verfehlt ist.

Die allgemeine Tendenz geht jedoch dahin, die freie politische Betätigung des Beamten außerhalb des Dienstes unter einen generellen Abwägungsvorbehalt zu stellen, der von Fall zu Fall verschieden, mit einer notwendigen "inneren Geschlossenheit"²⁴⁰⁾

der Beamtenschaft, dem verhängnisvollen Maß der Toleranz der Weimarer Praxis²⁴¹⁾, oder sachlicher mit den "notwendigen" Auswirkungen des außerdienstlichen auf das dienstliche Verhalten begründet wird²⁴²⁾. Unterstützt werden diese Anschauungen durch § 35 Abs. 2 BRRG, § 53 BBG, die eine Zurückhaltungspflicht auch bei außerdienstlicher politischer Betätigung normieren²⁴³⁾.

Solche Abwägungen allgemeinsten Charakters, denen stets mit größter Zurückhaltung zu begegnen ist (244), lassen den rechtlichen Wert (und Rang) der in Art. 130 Abs. 2 zum Ausdruck kommenden Prinzipien völlig im Unklaren. Ein Meisterstück solcher Interpretationskunst liefert der BayVerfGH, der unter

238) So HEYLAND, Das Berufsbeamtentum im neuen demokratischen Staat (1949), S. 114; KESLER, Diskussion 39. DJT (aaO), S. D 158; ähnl. BayVerfGH DÖV 66, 97

239) FISCHBACH DVBl. 1951, 99, 101

240) BayVerfGH DÖV. (aaO, S. 97)

241) GREWE, Gutachten 39. DJT, S. D 28; jetzt wieder PLÜMER, Mitgliedschaft von Beamten und Beamtenanwärtern in verfassungsfeindlichen Parteien, NJW 73, 4 ff., 5.

242) MAURER, Die Mitgliedschaft von Beamten in verfassungsfeindlichen Parteien und Organisationen, NJW 72, 601, 602.

243) Vgl. PLOG-WIEDOW, Kommentar zum BBG (Stand 1971), § 52, Rd. 5; FISCHBACH, BBG § 52 Anm. III; ULE, Beamtenrecht, § 35 BRRG, Rd. 3

244) Vgl. LERCHE, Übermaß, S. 281 ff., (288 ff.).

Berufung auf die gegen Art. 130, II WRV gerichtete Literatur der Weimarer Zeit die Beschränkung der politischen Betätigung auf die bloße Mitgliedschaft (bei der Bereitschaftspolizei) rechtfertigen wollte (245).

Eine andere Meinung faßt die freie politische Betätigung des Beamten als

"Grundsatz der staatsbürgerlichen Betätigung des Beamten in seiner privaten Sphäre" auf, nicht aber als "Grundsatz des Berufsbeamtentums als Institution." (246)

Dagegen ist an sich nicht einzuwenden: wir haben ja gesehen, daß Art. 130 Abs. 2 WRV eine Gleichstellung der Beamten mit allen anderen Staatsbürgern bezweckte (S.136). Insoweit wäre dieses Prinzip - das auch dem Demokratieverständnis des GG entspricht - in den Grundrechtsteil des GG "übernommen" worden, d.h. der Beamte wäre als Staatsbürger angesprochen, - Beschränkungen seiner politischen Betätigung folglich von dieser Sicht aus zu beurteilen.

Diese Auslegung kann aber nicht dazu herangezogen werden, die Beschränkung der politischen Tätigkeit durch "hergebrachte Grundsätze", isbs. die Treuepflicht, zu legitimieren. Durch die Verlagerung der Freiheit des Beamten in die allgemeine staatsbürgerliche Sphäre - also von Art. 33 Abs.5 GG im Zusammenhang mit Art. 130, II WRV nach Art. 5, 9 GG - verliert der Grundgedanke des Art. 130, II WRV nicht an Bedeutung. Die politische Betätigungsfreiheit des Beamten wird durch die Verlagerung in den Grundrechtsteil nicht etwa stärker manipulierbar. Die Konsequenz wäre vielmehr, daß die allzu häufig geschlagene "Brücke" zwischen Amts- und privater parteipolitischen Betätigung an Selbstverständlichkeit einbüßte. Nicht mehr plausibel erscheint dann, daß die staatsbürgerliche Betätigungsfreiheit gleichen oder ähnlichen Kriterien unterläge wie die Amtstätigkeit. Dies kommt etwa in den Worten v. MÜNCHS - "notwendige Korrektheit des Beamten innerhalb des Dienstes und größtmögliche Freiheit des Beamten außerhalb des Dienstes" (247) - zum Ausdruck.

245) BayVerfGH aaO S. 96 f.

246) THIEME, Der öffentliche Dienst, S. 55

247) v. MÜNCH, Freie Meinungsäußerung der Beamten, in: ZBR 59, 305 (310)

248) JÜSGEN DÖV 51, 474, 476; GEIB in SCHEUNER-v.MERKATZ aaO, S.71; (vorübergehend) GRABENDORFF in DÖV 51, 550 ff.; ULE (in:Die Grundrechte IV/2, 602 ff; jetzt auch Beamtenrecht § 35 BRRG Rd.5), wobei allerdings nicht ganz klar wird, ob der Akzent auf dem Sonderstatus der Beamten oder auf der "allgemeinen" Betätigungsfreiheit liegt.

Eine andere Mindermeinung²⁴⁸⁾ schließlich faßt die Freiheit der politischen Gesinnung und politischen Betätigung als hergebrachten Grundsatz auf. In der Konsequenz bedeutet dies, daß eine Beschränkung legaler politischer Betätigung nicht - oder nur durch verfassungsänderndes Gesetz²⁴⁹⁾ - möglich wäre.

Eine Bestimmung nach Art. des Art. 17a GG fehlt aber. Lediglich Art. 137 GG ermächtigt unter dem besonderen Gesichtspunkt der Inkompatibilität zu Beschränkungen der Wahlbarkeit.

Den beiden letzten Meinungen ist modifiziert zuzustimmen, sie sind in gewisser Weise zu kombinieren:

Zunächst ist festzuhalten, daß Art. 130 Abs. 2 WRV sicherlich nach historischer Intention²⁵⁰⁾ die Beamten als Gruppe anspricht, ihnen also "speziell" die Freiheit der politischen Betätigung gewährleistete. Die Wirkungen dieser "Spezialität" sind jedoch - und dies bereits unter der Geltung der WRV - egalitär-demokratischer Natur. Nur diese Wirkungen können in der heutigen Verfassungsordnung, die keine "speziellen" staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten mehr kennt, von Bedeutung sein. Im Ergebnis scherte also das Beamtentum im Bereich der parteipolitischen Betätigung bereits frühzeitig aus dem "besonderen Gewaltverhältnis" aus, soweit diese außerdienstlich erfolgte. Unter der Geltung des GG hat der Beamte also die "allgemeine" parteipolitische Betätigungsfreiheit iSd. Art. 5 und 9 GG²⁵¹⁾.

Daneben bleibt jedoch eine Restwirkung des Art. 130, II WRV über Art. 33 Abs. 5 erhalten - was meist übersehen wird: die staatsbürgerliche Gleichstellung der Beamten in diesem Bereich verbietet verfassungskräftig eine Rückorientierung im Sinne einer weitergehenden, die Beamten als Gruppe treffenden, Einschränkung ihrer außerdienstlichen parteipolitischen Betätigung²⁵²⁾.

Wir treffen hier wieder auf einen Teilinhalt der retrospektiven Verfassungsbestimmung, der offen und entwicklungsfähig im Sinne des GG ist. Er gewinnt diese Offenheit dadurch, daß er der das GG durchziehenden (wenn man will: "negativen") Tendenz

248) s.S. 140

249) So richtig JÜSGEN aaO

250) Dies war notwendige Vorbedingung für sozialdemokratisch (mit-)geführte Regierungen nach 1919; vgl.o.S. 128

251) Zutreffend ULE, Beamtenrecht (1970), § 35 BRRG Rd.4

252) Dies spricht GEIB (N 248) an, wenn er eine Beschränkung für "verfassungsrechtlich bedenklich" hält.

entspricht, keine "besonderen" staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten zuzulassen. Das Auffinden solcher Teilinhalte bestätigt die Annahme, daß retrospektive Verfassungsnormen nicht ohne weiteres als unzulässig eingestuft werden können (vgl. o. S. 105).

Diese "Restwirkung" des Art. 130, II i.V.m. den "hergebrachten Grundsätzen" besagt aber nichts über den Inhalt der (partei)-politischen Betätigungsfreiheit. Insofern sind die Vorstellungen des GG maßgebend. Deshalb ist der Beamte - wie jeder andere Staatsbürger - einer im Vergleich zur Weimarer Republik gesteigerten politischen Treupflicht unterworfen, wie sie in den Sanktionen der Art. 18, 9 Abs. 2, 21 Abs. 2 GG und im Strafrecht zum Ausdruck kommt. In pointierter Form drückt sich hier die "Gemeinschaftsbezogenheit des Bürgers" aus²⁵³⁾.

Demgegenüber wird häufig versucht, unter Hinweis auf die "Fehleinschätzung der totalitären Kräfte in der Weimarer Republik" die "streitbare Demokratie" des GG für eine "besondere, stärkere Inpflichtnahme" der Beamten heranzuziehen (254). Das BVerfG hat aber niemals von einer "streitbaren Aristokratie der Beamten", sondern immer nur von einer streitbaren Demokratie gesprochen. Eine Gruppe "besonders treuer" Staatsbürger hat dieser Staat ebenso wenig nötig (255) wie einen "erratischen Block besonderen moralischen Hochstands" (256).

Politische Informiertheit ist für den Beamten eine Berufsvoraussetzung. Der Verwaltungsmann muß

"in der Lage sein, das ihn umbrandende soziale Geschehen im Zusammenhang mit seiner Aufgabenstellung zu interpretieren. Dabei hat er Zuspruch von oben und außen nötig. Er sollte im Rahmen des politischen Systems für den Auftrag der Verwaltung einen bestimmten Platz zu finden vermögen. Er sollte sich nicht in eine hoffnungslose Defensive gedrängt sehen. Er sollte nicht gedankenlos als Bewahrer eines zerfallenden Bollwerks überholter obrigkeitlicher Tendenzen im zeitgenössischen Bewußtsein abgewertet werden" (257).

253) Vgl. o. S. 27 und FN 72 (Rspr. des BVerfG).

254) So z.B. PLUMER NJW 73, 4, 5.

255) Zutreffend WIESE, Zur Neuordnung des öffentlichen Dienstes, DVBl. 70, 644, 650

256) Zutr. RYFFEL, Eigenverantwortlichkeit, in MORSTEIN MARX (Hrsg.) Verwaltung (1965), S. 456 ff., 470

257) MORSTEIN MARX, Gegenwartsaufgaben, S. 18 f.

Auch das BVerfG zieht eine Verbindung zwischen der in politischer Aktivität erworbenen Information mit dem "demokratischen Prinzip"²⁵⁸⁾. Die Chance hierzu kann den Beamten befähigen,

"sich selbst die notwendigen Voraussetzungen zur Ausübung seiner persönlichen und politischen Aufgaben zu verschaffen, um im demokratischen Sinne verantwortlich handeln zu können. Mit zunehmender Informiertheit erkennt der Bürger Wechselwirkungen in der Politik und ihre Bedeutung für seine Existenz und kann daraus Folgerungen ziehen; seine Freiheit zur Mitverantwortung und Kritik wächst. Nicht zuletzt können die Informationen den Einzelnen befähigen, die Meinungen anderer kennenzulernen, sie gegeneinander abzuwägen, damit Vorurteile zu beseitigen und Verständnis für Andersdenkende zu wecken." (259)

Die Beteiligung am politischen Prozeß ist für den Beamten in Deutschland auf Grund der zahlreichen historischen Abkapselungsversuche²⁶⁰⁾ keine Selbstverständlichkeit. Die zitierte Entscheidung des BVerfG sollte die Notwendigkeit einer solchen Beteiligung im Hinblick auf die "persönlichen und politischen" Aufgaben des Beamten belegen. Sie leitet damit schon zum nächsten Problem über²⁶¹⁾.

Zuvor kann als Ergebnis der verfassungsrechtlichen Untersuchung der hergebrachten Vorschrift, die sich direkt auf die politische Betätigung des Beamten bezieht (Art. 130 Abs. 2 WRV) festgehalten werden, daß von hierher auch und gerade im Kontext des GG eine Beschränkung der außerdienstlichen (partei)-politischen Betätigung nicht möglich ist. Eine Rückorientierung im Sinne einer weitergehenden gruppenmäßigen Neutralisierung ist ausgeschlossen. Dieses Ergdnis deckt sich auch mit der Realität²⁶²⁾.

258) BVerfGE 27,71 ff (84)

259) BVerfGE 27,71,87 f.

260) Vgl. oben S. 50 ff., 70 ff; das Fehlen dieser demokratischen Tradition macht rechtsvergleichende Hinweise auf Länder mit einer solchen Tradition äußerst fragwürdig. Versuche z.B. bei QUARITSCH 48.DJT S. 0 41, 0 117; BOCHALLI, Grundriß S. 47; LEISNER, Grundlagen, S. 33 ff. Im übrigen sind auch in England nicht alle Beamten parteipolitisch neutralisiert, vgl. Materialien bei MORSTEIN MARX, Einführung S. 183 ff.

261) unten (b): Die politische Treuepflicht des Beamten als Rollenkonflikt und rechtliches Problem.

262) Man denke nur an die (berufliche) Zusammensetzung der deutschen Parlamente.

Hinzukommt, daß es auch sonst verfassungsrechtlich kaum vertretbar wäre, eine derart große Anzahl von Staatsbürgern von politischer Aktivität fernzuhalten, und damit eine empfindliche Schwächung demokratischer Organisationen herbeizuführen. Auch falls man die Aussage RYFFELs, daß der Beamte im demokratischen Parteienstaat nur politisch aktiv im eigentlichen Sinne sein könne, wenn er sich einer Partei anschließt, für zu weitgehend hielte, müßte man doch seiner Schlußfolgerung zustimmen: "Mit einer vollen politischen Neutralisierung würde zudem eine stoßende Ungleichheit geschaffen." (263)

Nur eine Mindermeinung tritt uneingeschränkt für das festgestellte Ergebnis der Untersuchung ein²⁶⁴). Die herrschende Meinung versucht, über den Umweg einer angenommenen spezifischen (gruppenmäßigen) Treuepflicht der Beamten doch noch zu einer weitergehenden politischen Neutralisierung der Beamten zu gelangen.

(b) Die politische Treuepflicht des Beamten als Rollenkonflikt und rechtliches Problem.

"Unorthodoxe oder sonstwie unbequeme Gesichtspunkte machen niemanden populär. Wenn sie sogar zu politischer Verdächtigung führen können, wird es zur Regel der Vorsicht, die Gesellschaft von Schafen vorzuziehen. Aber die Schwächung der intellektuellen Energie des Berufsbeamtentums ist doch kaum von der Hand zu weisen" (265).

Als eine der wesentlichen Voraussetzungen für seine Theorie vom Aufbau legaler Herrschaftssysteme hat Max WEBER den Sachverhalt herausgestellt, daß das Mitglied eines solchen Systems nur in seiner Eigenschaft als Mitglied dem Recht des Systems (der Verbandssatzung) gehorchen muß (266). Diese strikte Trennung ist angesichts der Verschränkung von "Öffentlichem" und "Privaten" nicht ohne weiteres haltbar - sonst wäre das "Problem der Zugehörigkeit zu zwei oder mehreren Handlungs- und Interessensystemen" (267) bereits gelöst.

Aus der Verfassung ließ sich keine für die gesamte Beamten-schaft (als Gruppe) geltende besondere "politische Treuepflicht" oder ein allgemeines "Zurückhaltungsgebot" ableiten.

263) RYFFEL, Unparteilichkeit, in MORSTEIN MARX (Hrsg.), Verwaltung, S. 264 ff., 279

264) JUSGEN und GEIB aaO (N 248); BARING in WEBER-NEEBE-BARING Der deutsche Beamte heute, S. 32 f; zurückhaltender RÖNNEBERGER in Der Staat 2/1963, 129 ff., 140 ("möglicher Ausweg..trotz gewichtiger Bedenken")

265) MORSTEIN MARX DVBl. 1955, 6 ff (9)

266) Vgl. die Darstellung bei ALBROW, Bürokratie, S. 48 f.

267) QUARITSCH 48.DJT S. 0 40; vgl. C. SCHMITT, Verfassungs-

Teilweise wird betont, daß das GG davon abgesehen habe, den öffentlichen Bediensteten die Freiheit ihrer politischen Gesinnung förmlich zu garantieren (268). Daraus wird geschlossen, daß es eine besondere politische Treupflicht des Beamten (auch) außerhalb des Dienstes gebe (269). Diese Ansicht fußt auf dem leicht zu durchschauenden Irrtum, daß die grundrechtliche Position des Beamten erst durch das Beamtenverhältnis begründet werde (270). Die im Bereich der politischen Meinungsfreiheit gleiche Grundrechtsposition des Staatsbürgers-Beamten wird - wie wir gesehen haben - sogar zusätzlich abgestützt (nicht begründet!), und zwar durch die Restwirkung des Art. 130 Abs. 2 WRV i.V.m. Art. 33 Abs. 5 GG. Das GG kennt überhaupt keine Gruppe von "Grundrechtsträgern minderer Qualität", es ermächtigt nur zu bestimmten Grundrechtseinschränkungen.

Auch aus der Rechtsprechung des BVerfG ist kein Anhaltspunkt für eine besondere gruppenmäßige politische Treupflicht "des" Beamten zu gewinnen. Das Gericht differenziert zunächst nach außerdienstlicher und innerdienstlicher politischer Betätigung,²⁷¹⁾ stellt aber in diesem Zusammenhang auch fest, daß

"die Bundesrepublik Deutschland eine Demokratie (ist), deren Verfassung von ihren Bürgern eine Verteidigung der freiheitlich-demokratischen Ordnung erwartet und einen Mißbrauch der Grundrechte zum Kampf gegen diese Ordnung nicht hinnimmt" (272).

Eine "gruppenmäßige Inpflichtnahme" der Beamten kommt nach der Rspr. des BVerfG schon deshalb nicht in Frage, weil

"nach Art. 33 Abs. 5 GG nur solche Grundrechtsbeschränkungen zulässig (sind), die durch Sinn und Zweck des konkreten Dienst- und Treueverhältnisses des Beamten (§ 2 BBG) gefordert werden" (273).

Wie dieser - im Zusammenhang mit der Koalitionsfreiheit des Beamten aufgestellte - Grundsatz zu interpretieren ist, d.h. was sich das Gericht unter "konkretem" Dienst- und Treueverhältnis vorstellt, wird klar, wenn das Gericht fortfährt:

-
- lehre, S. 181 f.; THIEME, der öffentliche Dienst, S.8
268) MAUNZ, Deutsches Staatsrecht, 18. Aufl. S. 318
269) PLÜMER NJW 73, 4, 6ff unter Berufung auf MAUNZ (aaO S.8).
270) Hierzu zutr. M-D-H Art. 33 Rd. 72; ISENSEE, Beamtenstreik, S. 70
271) BVerfGE 28, 36 (49) = NJW 70, 1268, 1269; das übersieht PLÜMER (aaO S.5 FN 6), da es bei dieser Entscheidung um politische Diskussionen im Dienste ging.
272) BVerfGE 28, 36 (Leitsatz) = NJW 70, 1268
273) BVerfGE 19, 303, 322; vgl. HAMANN-LENZ Art. 33 Anm. 7
jj

"Es ist nicht ersichtlich, inwiefern aus dem Beamtenverhältnis des Beschwerdeführers, eines Betriebsaufsehers der Bundesbahn, solche Beschränkungen für seine gewerkschaftliche Werbetätigkeit hergeleitet werden können" (274).

Ein Teil der Literatur schließt sich dieser vom BVerfG vorgenommenen Differenzierung und Konkretisierung nicht an.

So meint z.B. PLÜMER: "Die über die allgemeinen staatsbürgerlichen Pflichten hinausgehende Bindung des Beamten ist 'hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums' i.S. von Art. 33 Abs. 5 GG" (275). Die zur Stützung dieser Ansicht von PLÜMER zitierte Literatur beweist eher das Gegenteil, so der Aufsatz von LECHERER, in dem - in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BVerfG - festgestellt wird:

"Nicht alle Beamten können in gleichem Umfang in der Ausübung ihrer Grundrechte gebunden werden. Maßstab für die Verfassungsmäßigkeit ist auch hier der des Funktionserfordernisses. Dies aber hängt vom Behördenzweig und von der Stellung in der Hierarchie ab." (276)

Das von PLÜMER ebenfalls herangezogene Urteil des BVerfG vom 25.2.1971 (277) befaßt sich mit dem Verhältnis von Amtsverschwiegenheit und Freiheit der Wissenschaft. Eine gesteigerte politische Treupflicht "des" Beamten wird mit keinem Wort erwähnt.

KRIELE - der von PLÜMER gleichfalls zitiert wird - behauptet zwar unter Berufung auf § 36 BRRG - und ohne weitere Begründung - daß es einen beamtenrechtlichen hergebrachten Grundsatz auf Eintreten für die Verfassung auch außerhalb der Dienstzeit gäbe (278); die Verteidigung (d.i. aktives Eintreten für) der freiheitlichen demokratischen Grundordnung wird aber nach der Rspr. des BVerfG von jedem Bürger erwartet (279).

Im Hinblick auf etwaige Sanktionen konzidiert KRIELE, daß es "sicherlich mit dem GG zu vereinbaren" wäre, "wenn der Gesetzgeber diesen Grundsatz in dem Sinn abschwächte, daß der Beamte außerhalb des Dienstes nur in besonders begründeten Fällen in Pflicht genommen wird" (280).

M.E. besteht kein zwingender Zusammenhang zwischen dem Umfang der Verpflichtung (Treuepflicht) und "In-Pflichtnahme" (Sanktion) selbst. Der Staat - zumal der "freiheitliche" - ist nicht verpflichtet, jeden staatsbürgerlichen Pflichtenverstoß zu bestrafen; er braucht deswegen noch lange nicht den Umfang der staatsbürgerlichen Pflicht "abzuschwächen" (281).

274) BVerfGE 19,303,322 275) PLÜMER aaO S.5/6 mit Literaturhinweisen in den Fußnoten 25 (und 7) ebda.

276) LECHERER, Die Treupflicht des Beamten - Leerformel oder Zentrum der Beamtenpflichten? ZBR 72, 228ff,232

277) NJW 71, 1229 278) KRIELE, Kommunisten als Beamte? ZRP 71,273,274 279) BVerfG NJW 70,1268,vgl.S.145

280) KRIELE aaO S. 274 281) Darüberhinaus sollte nicht übersehen werden, daß die Treupflicht auch eine gewährende Seite garantierter Ausübung zum Inhalt hat.

Eine besondere gruppenmäßige politische Treupflicht des Beamten kann auch nicht aus der allgemeinen Treupflicht des Beamten abgeleitet werden.

Die wohl herrschende Meinung nimmt an, daß nicht die beamtlichen Einzelpflichten die Treuepflicht konstituieren, sondern daß umgekehrt diese auf "alle konkretisierenden Pflichtenbindungen aus(strahlt)" (282). Abgesehen von der grundsätzlichen Fragwürdigkeit dieser Konstruktion (283) kann aus ihr im vorliegenden Fall keine inhaltliche Aussage gewonnen werden, es sei denn die Hypostasierung einer besonders "treuen" Treue des Beamten zur Verfassung.

Diese Vorstellung steht auch unausgesprochen hinter vielen Darstellungen zum Thema. Zu Ende gedacht führt sie zu unerträglicher Gesinnungsschnüffelei und zum "McCarthyismus". KRIELE warnt zwar vor diesen Gefahren, will aber gleichzeitig durch Fragebögen u.ä. ein "'wasserdichtes' Bekenntnis zu den Verfassungsprinzipien" verlangen (284). Hierdurch erreicht man eine - zweifelhafte - Abschirmung gegen das "Einsickern von Verfassungsfeinden" (285), vor allem aber eine Abschreckungswirkung, deren Auswirkungen MORSTEIN MARX in unserem Eingangszitat treffend geschildert hat (286). Eine gegenüber der staatsbürgerlichen Verfassungstreue verselbständigte "besondere" Beamten-Verfassungstreue führte damit im Ergebnis zu einer Schwächung der Exekutive. Diese "gehobene" Form politischer Sterilisierung könnte dazu führen, "daß man den demokratischen Meinungs- und Willensbildungsprozeß drosselt, also zu einem mehr oder minder autoritären Regime übergeht" (287).

Der verfassungsrechtliche Entwurf des Grundgesetzes bietet keine Handhabe dafür, die Beamtenschaft zu einer Art Über-Verfassungsschutz gigantischen Ausmaßes auszubauen²⁸⁸⁾. Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß der allgemeinen, für den Beamten in gleichem Umfang geltenden staatsbürgerlichen Verpflichtung zur Verteidigung der Grundordnung die allgemeine Sanktion gegenüber dem illoyalen Staatsbürger entspricht (vgl. Art. 18,9,II, 21,II GG und die einschlägigen Strafrechtsbestimmungen). Jede darüber hinausgehende Sanktion oder Grundrechtseinschränkung bedarf nach der Rechtsprechung des BVerfG eines besonderen Rechtfertigungsgrundes, der nur im konkreten "Dienst- und Treueverhältnis" begründet sein kann²⁸⁹⁾.

282) WOLFF, Verwaltungsrecht II³, S. 458 ("Auffangpflicht"); vgl. BVerfGE 9,268,286; w.N. bei LECHLER aaO S. 228

283) Kritik bei HOFFMANN, Beamtentum und Streik, AÖR 91, 141 ff (154 ff). ; Zweifelnd auch LEISNER, Mitbestimmung S. 37

284) KRIELE aaO, S. 276

285) KRIELE ebda

286) s.o.S. 144 (N 265)

Als hilfreiche Ergänzung zur rechtlichen Problematik kann der bereits angesprochene Rollenkonflikt zwischen Amts- und parteipolitischer Betätigung aufgefaßt werden (290).

Hier geht man meist ungeprüft davon aus, daß sich "vornehmlich Staat und Partei als Systeme schneiden"²⁹¹⁾.

Diese einseitige Ausrichtung wird aus der geschilderten parteienfeindlichen Tradition und der zu diesem Bereich reichlich erschienen Patronageliteratur (292) heraus verständlich. Wo es "nur" um materielle Dinge geht, waltet eine teilweise erstaunliche Weitherzigkeit (293). Erst in jüngster Zeit haben die Affären über "Beraterverträge" eine Überprüfung dieser Einseitigkeit veranlaßt (294).

Es sollte jedoch nicht übersehen werden, daß das GG gerade diesen Konflikt vorsieht, und daß die Verfassungsordnung auf diesen Konflikt zur "Weiterentwicklung eines freiheitlichen demokratischen Rechtsstaats" angewiesen ist²⁹⁵⁾.

Diese Thesen bedürfen näherer Erläuterung: jede Sozialordnung muß und kann in hohem Maße Wertwidersprüche ertragen, ohne dadurch in ihrem Bestand gefährdet zu sein (296). Darüber hinaus gibt es Konflikte, die wesentlicher Antrieb für die Entwicklung einer Gesellschaft sind. Hierbei handelt es sich

- 287) EHMKE, "Staat" und "Gesellschaft", in: Festgabe für SMEND (1962), S. 23ff, 42f.
- 288) Diese Besorgnis klingt auch an bei WIESE, DVBl. 70, 644 (650), wenn er zutreffend meint, daß der Staat des GG "keine Gruppe 'besonders treuer' Staatsdiener nötig hat, um sich - gegen die übrigen Bürger? - zu schützen."
- 289) Vgl. BVerfGE 19, 303, 322; HAMANN-LENZ Art. 33 Anm. 7 jj; LECHLER aaO S. 232; nicht so eindeutig THIEME, Gutachten 48. DJT, S. D 51 f.
- 290) Vgl. o. S. 144
- 291) QUARITSCH 48. DJT S. 0 41
- 292) An dieser Stelle mag ein Hinweis auf ESCHENBURG genügen (Bemerkungen zur deutschen Bürokratie, 1955; Herrschaft der Verbände, 1956; Ämterpatronage, 1961; Staat und Gesellschaft, 5. Aufl. 1962).
- 293) Vgl. nur den Diskussionsbeitrag von SAUER auf dem 48. DJT (0 101 ff.), der vom Vorsitzenden RABUS nur mit Mühe gebremst werden konnte.
- 294) FROMME, Publizität für "Beraterverträge" von Abgeordneten? ZRP 72, 225 ff. - Der Aufsatz ist allerdings kein Beispiel für die Einbeziehung der oben angesprochenen grundsätzlichen Problematik.
- 295) Vgl. CZYBULKA, Diskussion 48. DJT, 0 113 f (114).
- 296) Vgl. LUHMANN, Funktionen und Folgen formaler Organisationen, S. 239 und Nachweise FN 2 ebda.

um "nicht-antagonistische" normierte Konflikte. An dieser Stelle kann dies so verdeutlicht werden: der Beamte, der als Staatsbürger gehalten ist, die Verfassungsordnung zu verteidigen, ist Mitglied von politischen Parteien, die ihrerseits "ein verfassungsrechtlich notwendiger Bestandteil der freiheitlichen demokratischen Grundordnung" sind (297). Was also als spezifischer Rollenkonflikt des Beamten sichtbar wird, ist uns aus der Verfassungstheorie in allgemeiner Form als strukturelles Prinzip der Entwicklungs- und Lebensfähigkeit der Verfassung bekannt (298). Der Konflikt weist somit eine Entwicklungsperspektive : exakte politische Vorstellungen - die durch Parteipraxis erworben werden können - verstärken die Arbeitsmotivation und vermindern die Bereitschaft der Hingabe für nebulöse Ideale (299).

Demgegenüber weist der Rollenkonflikt zwischen amtlicher und außerdienstlicher wirtschaftlicher Betätigung keine solche Perspektive auf. Wirtschaftliche Zielsetzungen bleiben allemal dem Streben nach Gewinnerzielung verhaftet, sind deshalb auch in der öffentlichen Verwaltung fehl am Platze (300).

Der Rollenkonflikt kann sich allerdings für politisch stark engagierte und in entsprechend politisch relevant werdenden Posten eingesetzte Beamte dahingehend verschärfen,

"daß daraus für sie eine gefühlsmäßige Unfähigkeit entsteht, unter einer anderen Regierung in entgegengesetzter Richtung weiterzuarbeiten" (301).

Theorie und Praxis versuchen bislang, den daraus entstehenden personellen Schwierigkeiten mit der Rechtsfigur des "politischen Beamten" zu begegnen. Dieser Ansatz ist verkürzt (302). Er verzichtet auf die Analyse dessen, was den Rollenkonflikt erst in solcher Weise verschärft.

Hier kann nur angedeutet werden, welche komplexe Problematik sich eröffnet: innerhalb eines sozialen Systems (z.B. einer Behörde) ergeben sich Rollenkonflikte nicht nur aus den Charakteristika der Beziehungen der Handelnden untereinander, sondern auch auf Grund eines gezeigten Nichteinverständnisses durch Dritte (303), z.B. höhere Vorgesetzte. Durch die auf dem herkömmlichen Hierarchiemodell beruhende (unangemessene)

297) § 1, I ParteiG; auf diesen Zusammenhang macht auch KÖLBLE, 48. DJT, S. O 94 f. aufmerksam, wenn er vom notwendigen Zusammenwirken mit den politischen Parteien spricht.

298) Vgl. die von HESSE wiederholt betonte Bedeutung von "Gegenstruktur" (DÖV 1955, 746; Die normative Kraft der Verfassung (1959), S. 14); vgl. auch LERCHE, Übermaß, S. 280.

299) Vgl. oben S. 50 ff., wo versucht wurde, den so verwendbaren ideologischen Charakter angeblicher "Neutralität" aufzudecken; zu den Auswirkungen mangelnder Verhaltensklarheit in sozialpsychologischer Hinsicht: SECORD-BACKMANN, Social Psychology, New-York etc. (1964), S. 470 ff.

300) Zur andersartigen Bedeutung von "Wirtschaftlichkeit" in der öffentlichen Verwaltung oben S. 21 N 44.

interne Führung, die auf Entfaltungsbedürfnisse der Mitarbeiter keine Rücksicht nimmt, wird verhindert, daß Denkvorgänge (Kompromisse isbs.) einsetzen, die eine Milderung des Konfliktes nach sich zögen - und zwar ohne "schädlichen Einfluß" auf die Verwaltungsarbeit. Daß der politisch engagierte Beamte vorwiegend unter dem Aspekt unerwünschter Konkurrenz gesehen wird, liegt an der in weiten Teilen der Beamtenschaft vorherrschenden Verwurzelung in Mittelstandspsychologie und statusquo-Denken(304). Nicht "interne Abdichtung", sondern nur eine wirksame, auch nach außen hin zu legitimierende Kontrolle der Personalentscheidungen(305) wäre geeignet, Amterpatronage von Konkurrenzneid zu unterscheiden.

Der teilweise als Ausweg empfohlene Schritt ³⁰⁶⁾ eines Verlangens auf Entlassung (§ 23, I Nr. 3 BRRG, § 30 BBG) wird in der Konsequenz zur Sanktion für eine legitime, grundrechtlich garantierte Tätigkeit. Die 'freiwillige' Entlassung wirkt sich nicht nur als Verlust eines Teils des "Kapitalwertes" der Laufbahn, sondern auch als erzwungener Verzicht auf einen Beruf aus, dem gerade der politisch engagierte Beamte in besonderem Maße verhaftet ist (307).

- (c) Parteipolitische Betätigung des Beamten in einer sog.
"verfassungsfeindlichen" Organisation.

Seit dem "Extremisten-Beschluß"³⁰⁸⁾ ist die Problematik wieder bedeutsam. Die Liste der Betroffenen weist vornehmlich Angehörige der politischen Linken auf³⁰⁹⁾. Auch hier geht es so gut wie ausschließlich um außerdienstliche parteipolitische Betätigung, und um die Frage der Einstellung von Bewerbern.

- 301) MORSTEIN MARX, Dilemma S. 152; allgemein hierzu SECORD und BACKMANN aaO S. 480 ff.
302) Kritisch auch MENZEL DÖV 70, 433 ff (466); THIEME, Gutachten 48. DJT, D 52
303) SECORD-BACKMANN aaO S. 487
304) FRIEDRICH, Staatliche Verwaltung und Wissenschaft (1970); MORSTEIN MARX DVBl. 55, 6ff (9).
305) vgl. meinen Antrag auf dem 48. DJT S. O 212
306) FISCHBACH DVBl. 51, 99ff (100).
307) Zutr. MORSTEIN MARX, Einführung in die Bürokratie, S.194
308) Veröffentlicht (u.a.) in: Bulletin, vom 3.2.1972 (Hrsg.: Bundespresse- und -informationsamt), S. 142
309) Vgl. die Dokumentation von MATTHIESEN "Draußen vor der Tür", in: Die ZEIT vom 9.3.1973, S. 17

Im innerdienstlichen Bereich ist der Beamte - wie MAURER richtig festgestellt hat - bereits durch die einzelnen ihn persönlich und sachlich bindenden Gesetze bestimmt, sodaß ein verfassungfeindliches Verhalten im Dienst bald zu konkreten Rechtsverletzungen führen würde. Diese könnten somit erkannt werden und führten zur disziplinarrechtlichen Sanktion (310).

Wir konnten bereits feststellen, daß die außerdienstliche politische Betätigung auch herkömmlich keiner gruppenspezifischen Treupflicht unterliegt, obwohl sich diese Meinung in der Literatur hartnäckig hält³¹¹⁾. Art. 33 Abs. 5 kann deshalb in diesem Bereich nicht zur Grundrechtseinschränkung herangezogen werden³¹²⁾.

Die Gegenansicht weist starke Widersprüche in sich auf: wenn z.B. PLUMER die Rechts- und Rechtsprechungssituation unter der Geltung der WRV als verhängnisvolle Fehleinschätzung begreift, gleichzeitig aber auf Art. 33 Abs. 5 rekurrieren will - der gerade auf diese Tradition Bezug nimmt -, bleibt er die Erklärung für ein solches Vorgehen schuldig (313). Einmal mehr zeigt sich die Schwäche der Norm und die Stärke einer außerrechtlichen Tradition, wie sie im Begriff des "besonderen Gewaltverhältnisses" sinnfällig wird (314). Die vorhandene Heterogenität des Beamtentums (315) wird vernachlässigt und das gesamte Beamtentum von vornherein einer globalen Grundrechtsbeschränkung unterworfen, die als "Treueverhältnis" moralisch angereichert wird (316). Eine Rolle spielt mit Sicherheit auch die traditionelle Leitbilderhebung, die zwar den "Geheimen Regierungsrat", nicht aber den beamteten Lokomotivführer im Auge hatte.

Die Beurteilung des Problems unterscheidet sich daher im Grundsatz³¹⁷⁾ nicht von dem der parteipolitischen Betätigung der Vertragsbediensteten. Im Folgenden werden deshalb nur einige angeblich beamtenspezifische Teilaspekte zu untersuchen sein.

310) MAURER NJW 72, 601 (602)

311) Dagegen immerhin: WIESE DVBl. 70, 644 (650) und (modifiziert) MAURER aaO

312) So aber PLUMER NJW 73, 4 (5f.); deshalb läuft auch die "von links" vorgebrachte Kritik am Art. 33 Abs. 5 hier leer. Vgl. M.v. BRENTANO, Wissenschaft, Beruf, Öffentlicher Dienst oder Wem dient die Wissenschaft, in: Das Argument 74 (Sept. 1972), S. 656 ff., 663

313) PLUMER aaO S. 5 f.

314) Kritisch zum "besonderen Gewaltverhältnis" (u.a.) ISENSEE, Beamtenstreik, S. 70 m.N.

315) Vgl. oben S. 34

316) Vgl. SCHWERDTNER, Gemeinschaft, Treue, Fürsorge - oder: die Himmelfahrt des Wortes, ZRP 70, 62; HOFFMANN aaO (N 283), S. 189 f.

317) Wohl aber in den (potentiellen) Auswirkungen.

Offenbar stützt sich die Gegenansicht vor allem auf die Vorschriften des § 35,II BRRG, § 53 BBG, die ja "Mäßigung und Zurückhaltung" auferlegen, bei Bewerbern auch auf § 4, I Nr. 2 BRRG, § 7, I Nr. 2 BBG.

Bei der Auslegung dieser Vorschriften ist zunächst zu beachten, daß sie keinen verfassungsrechtlichen "Unterbau" im Sinne von gruppenspezifischen Grundrechtseinschränkungen haben können: Art. 33 Abs. 5 gibt dazu - wie beschrieben - nichts her. In § 35,II BRRG, § 53 BBG begegnet uns zunächst die bekannte und von der Rspr. des BVerfG getragene³¹⁸⁾ Möglichkeit, Grundrechtseinschränkungen je nach konkretem "Dienst- und Treueverhältnis" zu beurteilen.

Die in den Beamtengesetzen gewählte Formulierung "Rücksicht auf die Pflichten seines Amtes" stellt sachlich keine Änderung dar. Das Amt ist hergebrachtermaßen eine Chiffre für die institutionelle Seite des Beamtenverhältnisses.

Scheinbar anders - nämlich im Sinne einer gruppenspezifischen Einschränkung - zu verstehen wäre die Formulierung "Stellung gegenüber der Gesamtheit" (§§ 35,II BRRG, 53 BBG).

Eine solche Auslegung wäre verfassungsrechtlich nicht gedeckt; sie ergibt sich aber auch nicht zwingend aus der Formulierung der Beamtengesetze. Es gibt nämlich Beamtengruppen, so z.B. die die Regierungspolitik im Ausland vertretenden Beamten, deren Stellung weniger durch die konkreten Dienstbefugnisse als durch ihre Stellung "gegenüber der Gesamtheit" gekennzeichnet sind⁽³¹⁹⁾. Daneben sind auch Einzelfälle denkbar, in denen es weniger auf das "Amt" und mehr auf das Verhältnis zur Bevölkerung ankommt (320). Im Ergebnis kann es sich jedenfalls auch immer nur um konkrete, im Einzelfall zu rechtfertigende Grundrechtseinschränkungen handeln.

318) BVerfG 19, 303, 322 (vgl.o.S.147); auch das OVG Koblenz (E.v. 29.1.1963 = AS 9,29,31) nimmt eine Differenzierung "nach den Aufgaben des übertragenen Amtes" vor (ähnl. auch BayVerfGH VerfGH n.F. 18,59), obwohl es (und auch der BayVerfGH) von der unzutreffenden Prämisse einer besonderen Treupflicht ausgeht.

319) Wohl aus diesem Grunde hält THIEME (Gutachten 48. DJT S. D 25) bei dieser Beamtenkategorie eine Einschränkung der politischen Betätigung für zulässig. So auch die Regelung in der Italienischen Verfassung vom 27.12.1947, Art. 98,III

Die Bestimmungen der §§ 35,II BRRG, 53 BBG sind auch aus einem anderen Grunde höchst problematische Stützen für potentielle Grundrechtseinschränkungen: ihre Formulierung ("Mäßigung und Zurückhaltung") stellt sie ganz in die Nähe zur Pflicht zu "achtungswürdigem Verhalten" (so schon § 10 RBG v. 17.5.1907). Damit gelangen sie aber an den "Rand des Beamtenrechts" und werden in der Konsequenz "zur Frage des Comments"³²¹⁾.

An entgegengesetzten Formulierungsschwächen leiden die §§ 4,I Nr. 2 BRRG, 7,I Nr. 2 BBG : ihre maßlos überzogenen Formulierungen³²²⁾ sind nicht geeignet, Art. 33,II + III GG auf den Kopf zu stellen. Insbesondere kann daraus keine Umkehrung der "Beweislast" gefolgert werden³²³⁾.

Zwar ist es in der Regel³²⁴⁾ "sicherlich nicht ungerecht, wenn von jemandem, der den Staatsdienst als Beruf wählt, verlangt wird, daß er auch die Bedürfnisse des Staates berücksichtigt" (325); verfassungsmäßiges Zelotentum vor der Einstellung bietet aber keine Gewähr für die loyale Erfüllung der Amtsgeschäfte nach Einstellung. Eine Umkehrung der Beweislast hätte peinliche Selbstdarstellungen zur Folge und böte dem Denunziantentum erwünschte Ansatzpunkte. Unauffälligkeit würde zum Maßstab der Verfassungstreue (326).

320) Zu denken ist isbs. an Fälle der Streitentscheidung (nicht nur bei Richtern), in denen parteipolitische Neutralität die Glaubwürdigkeit der getroffenen Entscheidung gegenüber der Bevölkerung (und den Betroffenen) erhöhen würde.

321) ISENSEE, Beamtenstreik S. 51, der aus diesem Grunde in der Frage des Streikverbots auf dieses fragwürdige Argument verzichtet. Die Sachlage ist m.E. durchaus vergleichbar.

322) Niemand kann "Gewähr" dafür bieten, daß er "jederzeit" etwas tut; insofern ist die Kritik v. BRENTANOs,aaO (N 312) S. 661,berechtigt.

323) So aber PLÜMER NJW 73, 4(9); dagegen zutr. MAURER NJW 72, 605 unter Hinweis auf den strikt zu interpretierenden Art. 33, II GG.

324) Eine andere Betrachtungsweise scheint bei den staatlich monopolisierten Vorbereitungsdiensten geboten.

325) THIEME, Gutachten zum 48. DJT S. D 23; ähnl. MAURER NJW 72, 602

326) Vgl. hierzu bereits oben S. 144 (N 265) und S. 147

Für Bewerber und bereits eingestellte Beamten gleichermaßen muß schon aus Gründen der Rechtssicherheit eine gesicherte Festlegung der Tatbestände verfassungsfeindlicher Aktivität Maßstab ihrer Beurteilung sein.

Dabei dürfte sich in der Regel "das mangelnde Bekennen und Eintreten für diese Ordnung nur aus Tatsachen folgern lassen,... die bereits die Verfassungsfeindlichkeit indizieren" (327). Ein "Verschulden durch Unterlassen" käme ohnehin nur bei verfassungsfeindlicher Aktivität anderer in Frage, womit das problematische Verhältnis zu Art. 20, IV GG angesprochen wäre. Anders im Dienst, wo Gleichgültigkeit (Unterlassen) rasch sichtbar wird und zu entsprechenden Sanktionen führt.

Bei der Festlegung dieser Tatbestände ist kein Raum für eine irgendwie geartete "Güterabwägung"³²⁸⁾ : dies gilt vor allem im Hinblick auf das Parteienprivileg des Art. 21 Abs. 2 GG.

Obwohl diese Frage nach unseren Darlegungen von Art. 33 Abs. 5 nicht mehr abhängt, sei sie wegen ihrer Bedeutung ausnahmsweise hier mitbehandelt (329).

Das Parteienprivileg des Art. 21 Abs. 2 GG ist eine spezielle Zuordnungsregel, die die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit einer Partei vor allem deshalb dem BVerfG vorbehält, weil hier schwierigste verfassungsrechtliche Probleme zu entscheiden sind, und weil ein Parteiverbot immer mit der äußeren Sicherung der freiheitlichen Demokratie zugleich eine Verkürzung politischer Freiheit erkaufte³³⁰⁾.

Das GG hält nichts von einer hausgemachten Feststellung verfassungsfeindlicher Ziele (331).

327) MAURER NJW 72, 602

328) PLÜMER NJW 73, 4 (6) gelangt auf Grund einer solchen "Güterabwägung" sogar zu einem "Vorrang der politischen Treupflicht vor dem Parteienprivileg"; gegen die Tendenz einer vorschnellen "Güterabwägung" wendet sich z.B. HESSE, Grundzüge³, S. 28

329) Die gesicherte Festlegung der Tatbestände verfassungsfeindlicher Aktivität ist vor allem aus den "allgemeinen Gesetzen" iSd Art. 5, II GG, isbs. aus dem Strafrecht (§§ 84 ff. StGB), zu gewinnen. Vgl. hierzu BVerfGE 9, 162, 165 f.; 12, 296, 304 ff.; 13, 46 (52 f.); 17, 155, 166 f.; BVerfG NJW 70, 1498, 1500.

330) HESSE, Grundzüge⁵, S. 278 f; Grundzüge³, S. 259

331) Wie sie PLÜMER (aaO S. 8) vorschlägt, der (u.a.) auf "allgemein zugängliche Erkenntnisquellen" und auf Hinweise in "öffentlichen amtlichen (Kompetenz? Verf.) Bekundungen" rekurrieren will.

Das Parteienprivileg schließt aber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und nach überwiegender Literaturansicht³³²⁾ nicht nur ein staatliches Vorgehen gegen eine angeblich "verfassungsfeindliche" - aber nicht verbotene - Partei aus, sondern es schützt auch insoweit Mitglieder und Funktionäre. Die Zuordnungsregel will also auch für den einzelnen Bürger den Rahmen sichern, in dem er ohne Furcht vor staatlicher Sanktion parteipolitisch tätig sein kann. Sie will vermeiden, daß die Frage, wer ein "Verfassungsfeind" sei, in die beliebige Verfügbarkeit von Verwaltungsbehörden und dort herrschenden Ansichten gestellt wird .

Diesem Ziel dient auch die Beschränkung der berechtigten Antragsteller (§ 43 BVVG).

In diesem Zusammenhang wird häufig mit verwaltungsrechtlichen (polizeirechtlichen) Begriffen wie "Opportunitätsprinzip" oder "Ermessensfreiheit" operiert (333). Dieser Begriffsapparat soll suggerieren, daß es Parteien gäbe, die "eigentlich" verfassungswidrig seien, von deren Verbot man jedoch absehe, weil man ihrer mit "milderen" (disziplinarrechtlichen) Methoden beikommen könne. Diese Ansicht gerät mit dem Gewaltenteilungsprinzip, und zwar mit der Unabhängigkeit der Rechtsprechung (Art. 92,97,20 GG) in Kollision. Sie fußt auf mehreren Irrtümern:

Das Antragsermessen präjudiziert nicht das Beurteilungsermessen des allein zuständigen BVerfG.

Die Überzeugung des "Staatsanwalts" bindet nicht - wie auch sonst nirgends - die "Überzeugung des Gerichts" (334).

Auch Disziplinarrecht ist "Recht"³³⁵⁾, und hier gilt genauso wie in anderem Zusammenhang, daß

"bis zur Entscheidung des BVerfG niemand die Verfassungswidrigkeit einer Partei rechtlich geltend machen kann"(336).

332) BVerfG 12, 296, 304 ff.; 13,45,52 f.; 17,155, 166 f.; HESSE, Grundzüge⁵, S. 278 f.; MAURER NJW 72, 601, 603; HAMANN-LENZ Art. 21 Anm. A 3b und B 9c mit.w.N.

333) Vgl. PLÜMER NJW 73, 4,6; KRIELE ZRP 71,273,276

334) Vgl. MAURER aaO S. 604; der gewählte Vergleich ist angesichts der §§ 46,III, 47 BVVG gerechtfertigt.

335) Dies sicher auch dann, wenn Disziplinarmaßnahmen vom BVerfG als "Zucht- und Erziehungsmittel" bezeichnet werden (BVerfG NJW 1967, 1651,1652).

336) BVerfGE 12,296,304 f.; vgl. auch oben N 332; aa BGHZ 31,1, 3f.

Sinn und Wortlaut des Art. 21 GG geben nicht den geringsten Anhalt dafür, daß sogar nicht-antragsberechtigte Behörden in eigener Machtvollkommenheit die Verfassungswidrigkeit einer Partei de facto präjudizieren dürften, indem sie ihre Mitglieder als nicht "verfassungstreu" disqualifizieren oder disziplinarrechtlich belangen.

Das GG läßt es somit nicht zu, innerhalb legaler, d.h. nicht verbotener Parteien zu differenzieren, und sie als mehr oder weniger "verfassungstreu" oder als mehr oder weniger "beamtengeeignet" einzustufen.

Jede auf eine solche Bewertung gestützte Maßnahme, sei sie gegen die Parteiorganisation oder gegen einzelne (Beamten-) Mitglieder gerichtet, verstößt gegen die Parteifreiheit, isbs. die Chancengleichheit (337), und gegen die politische Meinungsfreiheit des Staatsbürgers, die in gleichem Umfang auch für den Beamten gilt (338).

Die Schutzwirkung der Art. 5 und 21 GG erstreckt sich nicht nur auf die "bloße" Mitgliedschaft; sie schließt selbstverständlich auch das "Bekennen" und Eintreten für die legale politische Partei mit ein³³⁹⁾.

Was PLÜMER - offenbar in Unkenntnis der Verhältnisse - als "Besonderheit" von DKP und NPD herausstellt - nämlich die satzungsmäßig festgelegte Pflicht des Mitglieds, sich zu den Zielen seiner Partei zu bekennen -, ist politische Notwendigkeit für jede Partei, will sie nicht zum "Wahl-" oder "Weltanschauungsverein" herabsinken (340).

Zwischen einer im Einzelfall nachzuweisenden verfassungsfeindlichen Aktivität und der Tätigkeit in einer legalen politischen Partei besteht demnach kein rechtlicher Zusammenhang.

Dies gilt auch für den umgekehrten Fall: die Betätigung in einer - ebenfalls von unzuständiger oder auch von zuständiger Seite (BVerfG) - als "verfassungstreu" bezeichneten Partei erteilt keinen Freibrief für verfassungsfeindliche Aktivität (341).

337) zur Bedeutung der Chancengleichheit vgl. JÜLICH, Chancengleichheit der Parteien (1967); wenn SEMLER (ZBR 71,107 ff.) zwar von einem Eingriff in die Parteifreiheit ausgeht, trotzdem aber disziplinarrechtliche Maßnahmen für zulässig hält, ist sie inkonsequent. Kritik hieran MAURER aaO, S. 603.

338) Vgl. oben S. 136 ff. Mögliche Ausnahmen von diesem Prinzip (vgl.o.S.145 ff.) sind nur im Einzelfall zulässig und müssen auch dann die Chancengleichheit wahren, d.h. für die Betätigung in allen legalen Parteien gelten.

339) Im Grundsatz ebenso MAURER aaO, S. 604

Der verfassungsrechtliche Primat des Parteienprivilegs erweist sich schließlich nicht nur als Rechtssicherheit und politische Freiheit sichernde Zuordnungsregel, sondern rechtfertigt sich auch aus seiner Bedeutung für die Zuordnung von parlamentarischer Demokratie und Verwaltung allgemein.

Wollte man die Frage der sog. Verfassungsfeindlichkeit in das Belieben der Behörden setzen, könnte ein einer solchen Partei angehörender Politiker zwar Abgeordneter und selbst Minister werden. Den Dienstanweisungen dieses "verfassungsfeindlichen" Ministers müßten die ihm untergeordneten Beamten gehorchen (342). Dem gleichen Minister könnten jedoch qua Disziplinarmaßnahme sämtliche Beamten-Mitglieder seiner Partei aus seinem Ministerium entfernt werden. Der Blick über das aktuelle politische Geschehen hinaus zeigt den Sinn der an einer Stelle konzentrierten Entscheidungsbefugnis des BVerfG. Sie sichert den Vorrang demokratischer Legitimation vor den Eigeninteressen der Verwaltung.

-
- 340) PLÜMER aaO S. 9; er übersieht z.B. § 1 des Organisationsstatuts der SPD sowie den letzten Absatz des "Godesberger Programmes" vom 15.11.1959; gleiches gilt für die Statute von CDU, CSU und FDP.
- 341) Zutreffend MAURER aaO (S. 604).
- 342) Auch KRIELE (aaO S. 275) gibt diese sinnwidrige Folge zu denken. Eher marginal könnte noch bemerkt werden, daß es sicherlich einer der schwersten Eingriffe in die parlamentarische Demokratie wäre, wenn die Kandidaten für einen Parlamentssitz vorher von Verwaltungsbehörden je nach "Verfassungstreue" ausgesiebt würden.

(4) Demokratie und Beamtentum, Fortsetzung:

Öffentliche Verwaltung als "geheime" Verwaltung ?

Hinter dem scheinbar paradoxen Titel dieses Abschnitts steckt ein tiefer liegendes Problem: im weiteren Sinne beziehen sich alle traditionellen Beamtenlehren, die auf einen von den Einflüssen der "Gesellschaft" oder der "Politik" freien Bezirk "reiner Staatlichkeit" abzielen(343), auf ein Öffentlichkeitsverständnis, das keines ist. Demokratische Einflußnahme auf die Verwaltung (344) steht mit dem Bild von der "geheimen Verwaltung" im krassen Widerspruch.

Obwohl die Arbeit nicht den Anspruch haben kann, das Bild einer "neuen" Verwaltung zu entwerfen (345), soll in diesem Abschnitt aus zwei Überlegungen heraus der Versuch eines konkreten - wenn auch nur umrißhaften - Gegenentwurfs unternommen werden. Die Berechtigung hierzu ist m.E. deshalb gegeben, weil dieser Bereich im Verlaufe der Entwicklung fast vollständig aus dem Kreis des Beamtenrechts entlassen wurde (unten a), eine kritische Analyse also nur die wiederholt konstatierte Schwäche der untersuchten Norm bestätigen könnte. Gerade wegen des dann nicht mehr bestehenden Statusproblems läßt es sich wohl auch vertreten, Forderungen an die Verwaltung zu stellen, die nicht mehr von einer Einsortierung in Beamte und Vertragsbedienstete abhängen. Das Problem der "Öffentlichkeit" der Verwaltung betrifft die gesamte Verwaltung. Die versuchten Differenzierungen (unten b) stehen im Zusammenhang mit den Abhängigkeiten der Verwaltung von anderen öffentlichen Systemen(346) und sind Versuch der Ausfüllung einer Lücke, die durch das traditionelle Mißverständnis fehlender Verbindung zwischen Demokratie und Verwaltung entstanden ist.

(a) Die Tradition setzt sich nicht durch.

Die traditionelle Sicht soll an einem Zitat aus dem Jahre 1961 verdeutlicht werden:

"Grundsatz des Berufsbeamtentums ist...die Verpflichtung zur Verschwiegenheit. Das ergibt sich daraus, daß die öffentliche Verwaltung grundsätzlich überhaupt nicht "offen", sondern "geheim" geführt wird."³⁴⁷⁾

343) Vgl. ausführlich oben III. Kapitel (S. 50 ff., 70 ff.).

344) Vgl. ausführlich oben IV. Kapitel (S. 122 ff.).

345) So der methodische Ansatz, vgl.o. S. 1-13

346) Vgl.o. S. 15, S. 122 ff.

347) THIEME, Der öffentliche Dienst, S. 50 (m.N.); vgl. auch GAUF ZBR 61, 97, 100 m.w.N.

Stellt man die Worte etwas um, so ergibt sich die Verschwiegenheitspflicht des Beamten aus der Tatsache, daß die Verwaltung von den Beamten (348) vornehmlich geheim geführt wird.

Diese Aussage ist inhaltlich unzureichend, weil sie weder eine echte Begründung für das "Geheime" liefert noch etwas über den Umfang der Verschwiegenheitspflicht mitteilt. Sie gibt aber sehr klar jenen

"paradoxen Bezug des verwaltungsmäßig konstituierten Gemeinwohls ("öffentliches Interesse") zur institutionellen Nicht-Öffentlichkeit" (349) der Verwaltung

wieder, den wir schon wiederholt angesprochen haben (350).

Seit dem Erscheinen von HABERMAS' grundlegender Analyse(351) ist das hier zu Tage tretende Verständnis von "Öffentlichkeit" auch in zahlreichen Arbeiten juristischer Provenienz analysiert worden³⁵²⁾. Allen Ansätzen ist in gewisser Weise gemeinsam, daß sie das traditionelle Verständnis der institutionellen Nicht-Öffentlichkeit der Verwaltung im Prinzip aufgegeben haben.

Dabei traf die Kritik allerdings auf einen recht schwachen Grundsatz, der insbesondere der Entwicklung rechtsstaatlicher Öffentlichkeitsmaßstäbe nicht standhalten konnte (353). Die rechtliche Absicherung des Grundsatzes in den Beamtengesetzen bietet erheblichen Anlaß zu Zweifeln, so z.B. wenn die §§ 39 BRRG, 61 BBG von "Tatsachen" sprechen, "die..ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen". Eine Ausgestaltung des Grundsatzes ist hierin kaum zu erblicken. Sicher sind die Beamten traditionell zur Verschwiegenheit verpflichtet; die (fast) leere Hülle einer (unbegrenzten?) Verschwiegenheitspflicht läßt jedoch nichts Grundsätzliches erkennen. Eine rechtliche Diskussion über die "Grundsatzqualität" der Verschwiegenheitspflicht iSd Art. 33 Abs. 5 GG käme jedoch auf jeden Fall zu spät: das BVerfG hat es zwar "offengelassen", ob die Verschwiegenheitspflicht ein Grundsatz iSd. Art. 33 Abs.5 GG sein könne (354), entwickelt aber seine Rechtsprechung - wie zu zeigen sein wird - völlig unabhängig von Art. 33 Abs. 5 GG. Das gleiche gilt im Prinzip für die Literatur.

348) Denn nur dies könnte eine spezielle Verschwiegenheitspflicht der Beamten begründen!

349) HABERLE, Öffentliches Interesse als juristisches Problem (1970), S. 107

350) Vgl. oben S. 27, 70-84, 108 ff.

351) HABERMAS, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1962¹.

352) Zahlr. Literaturangaben bei SCHOLZ, Informationspolitik des Bundeskartellamts und Informationsrecht der Öffentlichkeit, NJW 73, 481 (FN 20 S. 482).

Das BVerfG hat den unscharfen "Grundsatz" ohne Rücksicht auf den Status vereinnahmt und ihn durch Einbeziehung anderer (verfassungs-)rechtlicher Überlegungen ausgestaltet:

In seinem Beschluß vom 28.4.1970 (355) hat das Gericht auf die Beschwerde eines Angestellten im öffentlichen Dienst zwar zunächst auch auf den (aufgeweichten) Funktionsvorbehalt Bezug genommen: es wäre nicht schlechthin unzulässig, bestimmte Beamtenpflichten auch Angestellten aufzuerlegen. In der weiteren Begründung (356) wird jedoch klar, daß das Gericht eine grundsätzliche Verschwiegenheitspflicht aller Behördenbediensteter annimmt, die mit dem Anspruch des Bürgers auf vertrauliche Sachbehandlung und der Wahrnehmung von Aufgaben der äußeren Sicherheit und der Bestandserhaltung des Staates Umriss ihres Inhalts und ihres Ausmaßes erfährt. Das Gericht fährt fort:

"Es wäre sinnwidrig, hier einen Unterschied zwischen den Beamten und den mit denselben Dienstaufgaben betrauten Angestellten des öffentlichen Dienstes zu machen" (357).

Das Gericht stellt also bei seiner Beurteilung der Verschwiegenheitspflicht von Angehörigen der Verwaltung auf die Aufgaben und nicht auf den Status ab. Das "Offenlassen" der mit Art. 33 Abs. 5 GG zusammenhängenden Fragen seitens des Gerichts muß als bloße Formalität gewertet werden³⁵⁸⁾. Wenn also der

353) Die Tendenzen in der Rechtsprechung sind hier eindeutig. Vgl. zuletzt OVG Lüneburg NJW 73,638: "Prüfungsvorgänge sind im Verhältnis zum Prüfling nicht ihrem Wesen nach geheim". Damit dürfte eines der letzten Bollwerke gerichtsunzugänglicher Verwaltung gefallen sein.

354) BVerfG NJW 70, 1498, 1500 355) ebda.

356) Die weitere Begründung wird auch deshalb nötig, weil sich das Gericht vorher auf schwankendem Terrain befand: das Beamtenrecht kann nicht die Pflicht eines Angestellten im öffentlichen Dienst (Tarifaufonomie !) begründen. Zulässig wäre nur ein Hinweis auf die insoweit ganz ähnlichen Regelungen bei den Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst gewesen.

357) BVerfG NJW 70, 1498, 1499

358) Vgl. N 356; allerdings überrascht diese Formulierung, wenn man bedenkt, daß es das Gericht damit immerhin "offenläßt", ob ein hergebrachter Grundsatz des Beamtentums das (tarifvertragliche) Recht der Angestellten im öffentlichen Dienst berühren könnte. Da dies im Gegensatz zur st. Rspr. des Gerichts steht, muß die Formulierung wohl eben doch nur als formelhafter Hinweis begriffen werden.

beamtenrechtliche Status keinen verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt für die Verschwiegenheitspflicht darstellt, geht die "Spezialität" des Grundsatzes zwangsläufig verloren; es erscheint dann wenig sinnvoll, noch von einem hergebrachten Grundsatz des Beamtentums zu sprechen. Wie dieser Vorgang, den man als "Aufsaugung" eines hergebrachten Grundsatzes durch andere Rechtsprinzipien bezeichnen könnte, im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Interpretation des Art. 33 Abs. 5 zu bewerten wäre, wird sich in der weiteren Analyse zeigen.

Die traditionelle Vorstellung von der "geheimen Verwaltung" durch Beamte ist demnach vor allem durch die Rechtsprechung zum Bild einer Verwaltung umgeformt worden, die weitestgehend rechtsstaatlichen Öffentlichkeitsmaßstäben unterworfen ist. Diese Entwicklung - zu der die Beamtenstaatlichkeit traditioneller Prägung bereits im Gegensatz steht(359) - umgreift aber nur einen Teilbereich der nötigen "Öffentlichkeit" von Verwaltung.

Sehr viel weniger greifbar sind bislang die Maßstäbe demokratischen Öffentlichkeitsbezuges der Verwaltung geworden. Dafür sind mehrere Tendenzen verantwortlich zu machen.

Eine erkennbare Rolle spielt zunächst der Widerstand der Beamten selbst, die ein erhebliches Eigeninteresse am ungestörten Dienstbetrieb haben. Dieser Widerstand erklärt sich auch aus der Tatsache, daß die Öffentlichkeit der Verwaltung erst die Kritik an ihr ermöglicht. Demokratische Einflußnahme auf die Verwaltung äußert sich in verschiedenen Formen der Kritik und trägt so zur Optimierung des Führungskreislaufes bei (360), nicht aber zur Bequemlichkeit der Staatsdiener. Auch das Bundesverfassungsgericht erkennt grundsätzlich den hohen Wert dieser Kritikfunktion der Öffentlichkeit an:

"Die Aufmerksamkeit und das Verantwortungsbewußtsein des Staatsbürgers, der Mißstände (sc. in der Verwaltung) nicht nur zur Kenntnis nimmt, sondern sich auch für deren Abstellung einsetzt, ist eine wesentliche Voraussetzung für den Bestand der freiheitlichen demokratischen Ordnung"(361).

Von Bedeutung ist auch die verspätete Entdeckung von sog. Nebenwissenschaften durch die Juristen. Die Einbeziehung solcher Erkenntnisse in juristische Überlegungen gelingt selten; es bleibt meist bei der bloßen Übernahme. So ist an der Richtig-

359) Ausführlich dazu HÄBERLE aaO, S. 107 ff.

360) Vgl. oben S. 122 ff.

361) BVerfG NJW 70, 1498(1500); vgl. auch BVerfGE 12,113,124f.

keit etwa folgender Aussage kaum zu zweifeln:

"Die Verbindung mit den Abnehmern ist..für die öffentliche Verwaltung nicht minder wichtig als für die Privatwirtschaft. Beide haben Anlaß, den Bedürfnissen und selbst den psychologischen Tendenzen ihres Kundenkreises Aufmerksamkeit zuzuwenden"(362).

Die angesprochene "Verbindung mit den Abnehmern" wird jedoch (von Juristen) weithin nicht auf ihre juristische Relevanz hin untersucht, sondern aus ihr ein "Public-relations-Problem" der öffentlichen Verwaltung gemacht.

Kennzeichnend für diese Tendenz ist der unreflektierte Gebrauch des Terminus "Öffentlichkeitsarbeit"³⁶³⁾.

"Die Öffentlichkeitsarbeit ist darauf abgestellt, das Prestige der eigenen Position zu stärken, ohne die Kompromißmaterie selbst zum Thema einer öffentlichen Diskussion zu machen"(364).

Nicht die Unterstützung von Formen demokratischer Öffentlichkeit durch die Verwaltung, sondern die "Bearbeitung" der Öffentlichkeit zum Zwecke der Zustimmung³⁶⁵⁾ steht im Vordergrund solcher "Öffentlichkeitsarbeit". Durch "Öffentlichkeitsarbeit" in diesem Sinne wird die Verwaltung nicht öffentlicher; sie verhindert geradezu die Entwicklung "kritischer Publizität"^{365a)}, deren Bedeutung als Demokratieverfordernis auch das BVerfG grundsätzlich anerkennt³⁶⁶⁾.

In engem Zusammenhang mit dieser demokratiefeindlichen Bearbeitung der Öffentlichkeit steht der rein funktionalistische Ansatz: er basiert auf dem Mythos reiner Fachlichkeit, der es nicht zuläßt, daß die Verwaltung durch "fachfremde" demokratische Einflüsse gestört wird³⁶⁷⁾. Da jedoch eine durchgängige Öffentlichkeitsverweigerung der Verwaltung im demokratischen System nicht möglich ist, wird veröffentlichte Verwaltungsmeinung zum Zwecke der "Erleichterung der Regierungsarbeit"³⁶⁸⁾

362) MORSTEIN MARX in LUHMANN, Funktionen und Folgen, S. 9. Die Hervorhebung d. Verf. soll den Zusammenhang zu den Ausgangsüberlegungen (S.17 ff.) verdeutlichen.

363) Vgl. ERLINGHAGEN-ZIPPEL, "Presseinformationen" des Bundeskartellamts..NJW 73, 10 ff.; die Verf. verwenden allein auf der linken Spalte der S. 11 7x den Ausdruck "Öffentlichkeitsarbeit"; ähnl. HAMMERLEIN, Öffentlichkeitsarbeit der Verwaltung, DÖV 69, 193

364) HABERMAS, Strukturwandel 1968³, S. 219

eingesetzt. Demokratische Öffentlichkeitsbezüge können jedoch nicht als Vehikel ungestörter Verwaltungstätigkeit, sondern nur als Artikulations- und Durchsetzungschance der Bürger zum Zwecke der Anpassung der Verwaltung an veränderte Bedürfnisstrukturen begriffen werden³⁶⁹⁾. Das schließt die Abschaffung von Verwaltung mit ein³⁷⁰⁾.

Die Rechtsprechung des BVerfG hat sich trotz der Betonung der Bedeutung kritischer Publizität vom funktionalistischen Ansatz nicht lösen können:

"(Die Vorschrift des § 353 b StGB) dient..der Aufrechterhaltung und dem einwandfreien Funktionieren einer geordneten Verwaltung, auf die kein Staat verzichten kann. Sie schützt damit einen Gemeinschaftswert, der - ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung - schlechthin Schutz verdient und gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit grundsätzlich den Vorrang hat"(371).

Bedenklich erscheint hier vor allem die Formulierung vom "schlechthin schutzwürdigen Gemeinschaftswert". Offenbar sind die blockierenden Wirkungen der traditionell fehlenden Verbindung zwischen Demokratie und Verwaltung doch noch so groß, daß die durch den Wegfall des hergebrachten Grundsatzes verursachte Lücke nur durch einen vergleichsweise groben Keil geschlossen werden konnte. Einer differenzierteren Ausfüllung soll der nachfolgende Versuch eines Gegenentwurfs dienen.

365) Die Bedeutung der Zustimmung heben (u.a.) hervor:
SCHNUR, DVBl. 70, 753, 760; KÖBLE DÖV 69, 25, 34;
HAMMERLEIN aaO

365a) Vgl. HABERMAS, Strukturwandel³, S. 220 f., 269.

366) Vgl. oben S. 161 (N 361)

367) Vgl. oben S. 78 ff, 108 ff.; den funktionalistischen Ansatz lehnt dezidiert LORENZ, Verwaltung in der Demokratie (S. 15), ab.

368) So ausdrücklich KÖBLE DÖV 69, 25, 34

369) Vgl. oben S. 17 ff., 122 ff.

370) Bedürfnisorientierte Verwaltung strebt die größtmögliche Beseitigung der Ursachen von administrativen Aufgaben an (vgl. LORENZ aaO S. 134). Bei Beseitigung der Ursachen wird Verwaltung in diesem Bereich überflüssig. Die Abschaffung kann auch aus anderen Gründen (Anderung der Bedürfnislage der Bevölkerung) notwendig werden (vgl. DEMBOUR, Droit administratif, S. 77). Mit "Rationalisierung" hat dies zunächst nichts zu tun.

371) BVerfG NJW 70, 1498, 1500.

(b) Versuch eines Gegenentwurfes

Bei dem Versuch, Maßstäbe für den Öffentlichkeitsbezug der Verwaltung im Sinne einer Unterstützung demokratischer Öffentlichkeit³⁷²⁾ zu finden, soll im Grundsatz davon ausgegangen werden, daß der Öffentlichkeitspflicht der Verwaltung ein Öffentlichkeitsrecht des Staatsbürgers entspricht.³⁷³⁾

Fälle der Öffentlichkeitsverweigerung sind demnach konkret zu legitimieren.

Die Legitimierung ist zu unterstellen, wenn die Publizität den "unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung" beträfe. Diese Abgrenzung ist isbs. durch die Rechtsprechung des BVerfG (374) weitgehend konkretisiert.

Legitim ist die Publizitätsverweigerung auch dann, wenn ein sonstiges "schutzwürdiges privates Interesse" (375) berührt würde und es sich um eine Einzelfallentscheidung handelt, die auch nur die Sphäre des einzelnen - oder weniger (376) - Bürgers betrifft.

Öffentlichkeitsbezug ist demgegenüber zwingend immer dann herzustellen, wenn eine Kritik an den "Ergebnissen" der Verwaltung verspätet kommen würde, d.h. diese Ergebnisse tatsächlich oder rechtlich nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Dies betrifft Verwaltungsentscheidungen, die eine Vielzahl von Bürgern berühren.

Die Problematik eines so versäumten Öffentlichkeitsbezuges wird z.Zt. besonders deutlich im Bereich des Städtebaus, des sozialen Wohnungsbaus, der Planung großräumiger Verkehrsflächen, bei der Errichtung oder Verlegung von Schulen und anderer staatlicher Dienstleistungsbetriebe. Die repräsentative Öffentlichkeit der gesetzgebenden Körperschaften reicht für solche Vorhaben nicht aus. Dies zunächst wegen der fortgeschrittenen fachlichen Verselbständigung und technischen Überlegenheit der Verwaltung, dann aber auch wegen der anders nicht feststellbaren Bedürfnisse der unmittelbar Betroffenen: der Parlamentarier wird sich häufig kaum mehr als einen allgemeinen Überblick über die "Stimmung" in der Bevölkerung verschaffen können.

372) vgl. S. 162

373) Von der "subjektiv-rechtlich beschränkten Struktur der bürgerlichen Auskunftsansprüche" darf nicht auf eine per se beschränkte Öffentlichkeitspflicht der Verwaltung geschlossen werden, vgl. SCHOLZ NJW 73, 481, 483 und dort FN 32.

374) BVerfGE 6,32,41; 27,1,6; 27,344,351 f.; NJW 70,1498(99).

Die Vorstellung von der öffentlichen Verwaltung muß aber über diesen nötigen Öffentlichkeitsbezug hinausgehen und auch Maßstäbe einer "höchstmöglich transparenten, zugänglichen und informierenden Verwaltung"³⁷⁷⁾ finden. Es ergeben sich verschiedene Anhaltspunkte:

- (a) Gegenüber dem Eigeninteresse der Verwaltung auf ihre interne Ordnung - im Sinne eines "ungestörten Dienstbetriebes" - hat das Informationsrecht der Öffentlichkeit Vorrang. Es ist dies die Konsequenz der Ablehnung eines funktionalistischen Ansatzes (378), der ein nichtlegitimiertes Eigeninteresse der Verwaltung vor das Interesse der Öffentlichkeit stellt (379).
- (b) "Staatliche Interessen" dürfen kein Alibi für Öffentlichkeitsverweigerung sein. Ihnen muß vor allem dann eine publizitätsbeschränkende Wirkung abgesprochen werden, wenn sie weit in den Bereich der Führung gegenüber der Bevölkerung(380) vorstoßen.

Hieraus ergibt sich umgekehrt, daß die Zweige der Staatsverwaltung, "denen die Sorge für Bestand und äußere Sicherheit des Staates obliegt"(381), i.d.R. lediglich rechtsstaatlichen Öffentlichkeitsmaßstäben, nicht aber demokratischen Öffentlichkeitsbezügen unterworfen sind. Ihr Arbeitsgebiet liegt im Bereich der Zuarbeitung zur politischen Spitze. Dies enthebt jedoch im Einzelfall nicht von der demokratischen Legitimation durch Gesetz: praktisch wird dies im Falle des "Amtes für Sicherheit der Bundeswehr" (MAD) und des Bundesnachrichtendienstes; beide Behörden existieren rechtlich nur als Haushaltstitel(382), obwohl ihnen durch das Gesetz zu Artikel 10 des Grundgesetzes(383) sogar Eingriffsbefugnisse gegenüber Staatsbürgern eingeräumt sind - eine unhaltbare Situation.

-
- 375) Vgl. § 4 der Landespressegesetze; dazu näher SCHOLZ aaO S. 483 m.w.N.
 - 376) Wenn die Sphäre nur weniger Bürger tangiert ist, scheint es vertretbar, diese im Falle auftretender Schäden an die Einzelfallgerechtigkeit (Gerichte) zu verweisen.
 - 377) SCHOLZ aaO S. 482
 - 378) Zur Kritik vgl. bereits oben S. 162 f.
 - 379) Hierzu bereits grundsätzlich oben S. 32 f.
 - 380) Zur Einteilung vgl. oben S. 16
 - 381) BVerfG NJW 70, 1498, 1499
 - 382) vgl. hierzu die Kritik von STERZEL u.a., Kritik der Notstandsgesetze (1968), S. 41
 - 383) vom 13. August 1968 BGBl. I, 949 .

Staatliche Interessen sind vor allem dann ohne Belang, wenn sie mit den Interessen der Bevölkerung an der

- Errichtung
- wesentlichen Änderung oder
- Abschaffung

einer Verwaltungseinrichtung mit Publikumsaufgaben in Kollision geraten (z.B. Schule, Post, öffentliche Verkehrsmittel usf.). Im Gegensatz zum Fall oben S. 164 soll die Publizität also auch dann hergestellt werden, wenn Kritik an den "Ergebnissen" durchaus noch möglich wäre.

Wie bereits erwähnt³⁸⁴⁾, schließt der Begriff der demokratischen öffentlichen Verwaltung die Forderung mit ein, Verwaltung dort zu erübrigen, wo sie nicht mehr bedürfnisentsprechend arbeitet. Damit wird ein Prozeß in Gang gesetzt, der eine Verlagerung des Arbeitsgebietes der Verwaltung in Bereiche nach sich zieht, "wo ausführende Verwaltung die Selbstbestimmung der Bedürftigen herbeiführen soll" (385).

- (c) Publizitätsbeschränkende Privatinteressen sind nur begrenzt anzuerkennen, sofern sie mit einem öffentlichen Interesse (nicht: "staatlichen") kollidieren.

Die Abgrenzungskriterien für diesen Bereich scheinen zunächst am wenigsten greifbar, die Gefahren des Mißbrauchs am höchsten. Tatsächlich bieten sich jedoch eine Reihe von Maßstäben an, die eine gesicherte Publizität zulassen.

Zunächst scheidet der oben (S. 164) erwähnte Fall legitimer Öffentlichkeitsverweigerung aus. Daraus ergibt sich gleichzeitig ein erster Anhaltspunkt:

Sobald der einzelne Bürger aus dieser inneren, geschützten Sphäre der Privatheit (wirtschaftlich: Privatsnützigkeit) heraustritt, muß er damit rechnen, daß sich sein Status (z.B. als Bauunternehmer) wandelt und spezifisch "öffentliche" Verantwortungen nach sich zieht³⁸⁶⁾.

Damit ist jedoch der Einzelne nicht schutzlos jeder Indiskretion ausgeliefert: demokratischer Öffentlichkeitsbezug der Verwaltung kann nur dann seine Unterstützungsfunktion entfalten, wenn die "Öffentlichkeit" informiert wird, in der Praxis also vornehmlich die Presse. Das schließt eine gezielte Information an einzelne Privatleute (wirtschaftlich: Konkurrenten) aus.

384) Oben S. 163 und N 370

385) LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, S. 136; der Gedanke findet sich bereits bei John Stuart MILL, On Liberty (Übs. "Über Freiheit", Frankfurt 1969, S. 132).

386) Vgl. unter kartellrechtlichem Aspekt SCHOLZ aaO, 483 ff.

Andererseits sollte jedoch der Kreis geeigneter Adressaten nicht zu klein gezogen werden. Auf die Rolle der politischen Parteien darf verwiesen werden (387); daneben sollten jedoch auch Verbände ein Informationsrecht haben, desgleichen auch andere Formen überprüfbarer "konkreter" Öffentlichkeit (z.B. Bürgerinitiativen), wenn sie zwei Voraussetzungen erfüllen: die Vereinigung darf keine wirtschaftlichen Zielsetzungen verfolgen, und es muß sich um eine Angelegenheit handeln, die in den politischen Tätigkeitsbereich dieser Vereinigung hineinfällt (388).

Das Publizitätserfordernis richtet sich ferner danach, ob im konkreten Fall ein öffentliches Interesse angenommen werden kann.

Die Überprüfung obliegt der Verwaltung; hierbei ergeben sich keine größeren Schwierigkeiten als sonst im Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen. Häufig ergeben sich bereits im Gesetz konkrete Anhaltspunkte, so in den Publizitätsbestimmungen des Bürgerlichen Rechts, des GWB, der Gemeindeordnungen (z.B. § 52, II, 1 BayGO) usw. (389). Fehlen gesetzliche Bestimmungen, ist dennoch vom öffentlichen Interesse als Regelfall auszugehen, soweit die fragliche Verwaltungsentscheidung oder ihre Planung Publikumsbezug hat. Im einzelnen ist dies unter Zuhilfenahme des Begriffes "Markt" leichter rubrizierbar. Markt kann einmal im wirtschaftlichen Sinne verstanden werden; hier dient die Publizität der "Transparenz des Marktes und der Information der Marktpartner" (390), idealiter dem Wettbewerb. Bezeichnenderweise spricht man gern vom "Wettbewerb der Meinungen"; hierbei wird die Verbindung zum älteren (gesellschaftlichen) Begriff des Marktes (forum, agoré) deutlich. Was im "Wettbewerb der Meinungen" steht, ist von öffentlichem Interesse. Die Verwaltung könnte hier eine wesentliche Vermittlungs- und Unterstützungsfunktion demokratischer Öffentlichkeit ausfüllen und somit einen gewissen Ausgleich zum Zerfall bürgerlicher Öffentlichkeit (391) schaffen. Was zur Diskussion ansteht, ist seitens der Behörde leicht zu überprüfen: viele wesentliche Fragen von öffentlichem Interesse können mehr als "Tagesaktualität" beanspruchen. Die Nachprüfungspflicht der Verwaltung würde das Bild des gesellschaftlich informierten Beamten - wie es inzwischen allgemein angestrebt wird (392) - auch eher zur Realität werden lassen. Inwiefern nicht ohnehin den Bürgern zum Ausbau ihrer Einflußnahme Verwaltung zuzuordnen wäre, bleibt eine zu lösende Frage (393), die frei von Sentiments gegenüber angeblicher Gefahren einer Rätestaatlichkeit zu erörtern ist (394).

387) Vgl. oben S. 127 ff.

388) Zur Ungeeignetheit wirtschaftlicher Zielsetzungen in diesem Bereich vgl. bereits oben S. 149; der politische Tätigkeitsbereich der fraglichen Vereinigung ist - soweit er nicht ohnehin bekannt ist - durch Einsichtnahme in Satzungen, Beschlüsse, Presseauszüge u.ä. feststellbar.

Die Grenzen der Publizitätsmaxime ergeben sich ferner - soweit nicht bereits die dargelegten Überlegungen eingreifen - aus "den allgemeinen Grundsätzen des Übermaßverbots sowie den Grundsätzen der Objektivität und Unparteilichkeit" der Verwaltung³⁹⁵⁾.

Objektivität und Unparteilichkeit sollen hier nicht mehr (und nicht weniger) als Richtigkeit (Genauigkeit) der Information und ausgewogene Berichterstattung⁽³⁹⁶⁾. Auf die gesicherte Rechtsprechung und Lehre zum Übermaßverbot kann verwiesen werden⁽³⁹⁷⁾.

Zusammenfassend kann für den Kollisionsbereich zwischen Privatinteressen und öffentlichem Interesse formuliert werden:

- Die Publizitätspflicht der Verwaltung besteht ohne Rücksicht auf "ungestörten Dienstbetrieb", wenn ein geeigneter Adressat vorhanden ist (398) und
- ein konkretes öffentliches Interesse vorliegt (Nachprüfung seitens der Behörde, anhand des Gesetzes, der Rechtsprechung des BVerfG, des Publikumsbezuges der in Frage stehenden Maßnahme, sowie des "Marktes" im erläuterten, weiteren Sinne), und schließlich
- kein ausnahmsweise überwiegendes Privatinteresse vorliegt (Maßstäbe sind das Übermaßverbot und der Grundsatz der Objektivität und Unparteilichkeit der Verwaltung, sowie die Rspr. des BVerfG).

-
- 389) Zusammenstellung der wichtigsten gesetzlichen Vorschriften bei SCHOLZ aaO S. 482; enzyklopädisch HABERLE, Öffentliches Interesse (N 349), S. 106 ff.
 - 390) MARTENS, Öffentlich als Rechtsbegriff (1969), S. 56 ff. mit Darlegung der Amtlichen Begründung zum GWB.
 - 391) Diesen Zerfall hat HABERMAS ausführlich analysiert in: Strukturwandel der Öffentlichkeit aaO
 - 392) vgl. nur § 32 Bay JAPo vom 15.6.1972
 - 393) Bemerkenswert vor allem der Versuch von LORENZ, Verwaltung in der Demokratie (1972).
 - 394) Das klingt an bei LEISNER, Mitbestimmung, S. 32 und Rückseite ("Zu Autor und Buch").
 - 395) SCHOLZ aaO NJW 73, 485
 - 396) Dieser dem Rundfunkrecht entlehnte Begriff nimmt Bezug auf die oben (S. 167) angesprochene Vermittlerfunktion der Verwaltung.
 - 397) z.B. jüngst BVerfGE 27, 351 ff.; vgl. im übrigen: LERCHE Übermaß und Verfassungsrecht (aaO).
 - 398) Vgl. oben S. 166 f.; in Zweifelsfällen müßte die Vereinigung der Behörde das notwendige Material zur Prüfung der Geeignetheit (vgl. N 388) vorlegen.

Im gesamten Bereich wäre die Überprüfbarkeit der von der Verwaltung angewendeten Maßstäbe anzustreben. Dies sollte zunächst in einem Verfahren geschehen, das weniger auf Perfektion abzielt, sondern vor allem der Behörde und der Vereinigung (oder der Presse, der politischen Partei etc.) Gelegenheit bietet, ihre unterschiedlichen Standpunkte vorzutragen. Zu diesem Zwecke wäre die "Aktivlegitimation" der betroffenen Vereinigung für dieses Verfahren zu erweitern³⁹⁹⁾.

Ein derartiges Verfahren, das sich mit dem Begriff "öffentliche Schiedsgerichtsbarkeit" verdeutlichen ließe, hätte für die Verwaltung den Vorteil, illegitime Beeinflussungsversuche schnell abwehren zu können; für die Öffentlichkeit ergäben diese institutionalisierten Anhörungen zahlreiche Ansatzpunkte zum Ausbau kritischer Publizität.

Die Funktion des öffentlichen "Schiedsgerichts" könnte von bestehenden parlamentarischen⁴⁰⁰⁾ oder anderen öffentlichen Organen mit übernommen werden.

399) Das Verfahren wäre von einer evtl. daneben bestehenden gerichtlichen Kontrolle unabhängig und träte sachlich auch nicht in Konkurrenz zu dieser.

400) Auf Landesebene böte sich in Bayern nach seiner Zusammensetzung der Senat (vgl. Art. 34,35 BV) an.

V. KAPITEL

AUFLÖSUNGERSCHEINUNGEN EINER RETROSPEKTIVEN VERFASSUNGSNORM: ARTIKEL 33 V GG - KRITIK EINZELNER TEILINHALTE.

I. VON DER INSTITUTION ZUM BEAMTENVERHÄLTNIS: "VERRECHTLICHUNG" STATT "GEGENENTWURF" .

Je weiter wir uns einzelnen Ausprägungen des Art. 33 Abs. 5 zuwenden, desto schwerer fällt die Einlösung des eingangs gegebenen Versprechens, Leitlinien zu ziehen¹⁾ und nicht neue Kasuistik auszubreiten. Die Schwierigkeit wird verständlich, da zu der bereits angesprochenen Tendenz zur Aufsplitterung des Art. 33 Abs. 5²⁾ auch noch eine weitverzweigte Kritik an dieser Bestimmung hinzutritt, die weniger von der Institution als vom Beamtenverhältnis her argumentiert. Als gescheitert muß bis auf einige Ausnahmen auch der Versuch bewertet werden, die Norm durch Einbeziehung der Staatszielbestimmungen zu stabilisieren³⁾.

Die Kritik am Beamtenverhältnis läßt sich nur unzureichen bündeln. Mit einigem Vorbehalt läßt sich aber wohl sagen, daß die das Beamtenverhältnis betreffenden kritischen Tendenzen mit dem Stichwort "Verrechtlichung" hinlänglich faßbar werden. Sie schlagen sich nicht nur in Meinungen, sondern auch in Gesetzes- und Verordnungsform nieder. Zusammen mit der zum größten Teil bereits behandelten institutionellen Kritik, die auf Funktions- und Leistungserfordernisse abstellt⁴⁾, wird die Verrechtlichung des Beamtenverhältnisses gegen Art. 33 Abs. 5 GG ins Feld geführt. Dies geschieht häufig nicht ausdrücklich, sondern eher durch Ignorierung der Bestimmung. Die Auflösung des Art. 33 Abs. 5 steht nicht im Zeichen eines Gegenentwurfs, der sich als stärker erwiesen hätte, sondern im Zeichen der Nichtbeachtung. Damit fehlt der Kritik häufig die Verwurzelung in

1) Vgl.o. S. 1

2) Vgl.o. S. 95 ff.

3) Vgl. oben IV. Kapitel (S. 95 - 169)

4) Zur Kritik am Funktionalismus vgl. auch oben S. 162 f.

anderen Verfassungsprinzipien; daß sie sich dennoch bereits weitgehend durchgesetzt hat, ist ein Anzeichen für die Schwäche retrospektiver Normen.

(1) Das "Dienst- und Treueverhältnis" oder:

Treue auf Zeit, halbtags oder für 42 Stunden wöchentlich ?

Die Schwächung des Art. 33 Abs.5 GG beginnt mit der bekannten⁵⁾ Auslegung, die hergebrachten Grundsätze in "wichtige" und "weniger wichtige" einzuteilen. Die Grundsätze sollen nicht selbst den Kernbestand von Strukturprinzipien⁶⁾ darstellen, sondern nur sein Substrat, das wiederum in Vorhof und Kern ("Wesensgehalt") geschieden wird⁷⁾.

Das öffentlich-rechtliche "Dienst- und Treueverhältnis" bildet sicher den Kern des Beamtenverhältnisses; es ist das Synonym für die Kennzeichnung dessen, was man herkömmlich unter Beamtenverhältnis versteht⁸⁾. Die Rechtsentwicklung hat auch diesen engsten Kern nicht verschont.

Schält man nur den sachlichen Inhalt des Dienst- und Treueverhältnisses heraus, ergeben sich folgende hergebrachte Grundsätze:

Das Beamtenverhältnis ist öffentlich-rechtlich, und zwar vom Staat einseitig, auszugestalten⁹⁾ (unten a).

Das Beamtenverhältnis wird auf Lebenszeit eingegangen (unten b). Der Beamte hat sich diesem Lebensberuf mit voller Hingabe (§ 36 BRRG), also unter Einsatz seiner vollen Arbeitskraft zu widmen¹⁰⁾ (unten c).

Diese klaren Aussagen des Art. 33 Abs.5 GG bleiben auch ohne ihre irrationalen Wurzeln ("Treue um Treue") verständlich. Rechtsentwicklung und Kritik gehen über diese "Verrechtlichung" bereits hinaus.

5) Vgl. oben S. 8 f., 100 ff. (103) m.N.

6) So die Terminologie des BVerfG seit E 8, 332, 343

7) Vgl. N 5 und isbs. ISENSEE, Beamtenstreik S. 54 m.N.

8) Dies zeigt auch der jüngst eingefügte Art. 74 a GG (28. AndG vom 18.3.1971 BGBl. I S. 206).

(a)

Die einseitige öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des gesamten Beamtenrechts durch den Staat war - obwohl jünger als die Vertragskonstruktion¹¹⁾ - bislang kaum umstritten. Durch die Vorschläge des DGB zur Neuordnung des Beamtenrechts¹²⁾ und ähnliche Reformpläne wurde jedoch ins Bewußtsein gerückt, daß es u.U. sinnvoll sein könnte, wenn der Staat nur die grundsätzlichen Rechte und Pflichten der Beamten festlegte (sog. Statusrecht).

Auf den Verhandlungen zum 48. Deutschen Juristentag zeigten Verfassungsrechtler zwar erhebliche Bedenken über die Auswirkungen einer solchen Aufteilung¹³⁾; im Ergebnis wurde aber die Zulässigkeit einer solchen Aufspaltung teils ausdrücklich bejaht¹⁴⁾, teils nur für bestimmte Bereiche in Frage gestellt¹⁵⁾. Offenbar wird die Wirkkraft des Art. 33 Abs. 5 nicht für so hoch eingeschätzt, daß er jegliche Folgevereinbarungen (z.B. über Urlaubsregelung, Reise- und Umzugskostenvergütung, soziale Fragen) ausschlösse. Ein Teil der aus Art. 33 Abs. 5 entspringenden einseitigen Regelungsbefugnis ist damit bereits abgebaut.

Die stillschweigende Ignorierung des Art. 33 Abs. 5 GG für einen Teil des "Folgerechts" ist umso bemerkenswerter, als das BVerfG in einer Entscheidung¹⁶⁾ die Personalhoheit über die Beamten als wesentlichen Teil der Regierungsgewalt bezeichnet hat.

Es dürfte wohl zu weit gehen, auf Grund der vom Gericht vorgenommenen Qualifizierung der Regierungsgewalt im Rahmen des demokratischen Rechtsstaates eine Unantastbarkeitsgarantie dieses Grundsatzes anzunehmen¹⁷⁾. Es ließe sich immerhin darüber streiten, welche jetzt den Regelungen der Beamtengesetze unterliegenden Bereiche in das Gebiet der Personalhoheit fielen. Wesentlich ist aber eines: sogar auf einem Gebiet, wo Art. 33 Abs. 5 massiv durch die Rechtsprechung des BVerfG unterstützt wurde, erweist sich die Norm nur als begrenzt lebensfähig.

9) Vgl. M-D-H Art. 33 Rd. 64 m.N. Allgemeine Meinung.

10) THIEME, Der öffentliche Dienst, S. 48 m.N.; BVerfG 9, 268, 286; ganz hL

11) Max WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft aaO S. 552 ("kontraklich engagierte und ernannte Beamten"); vgl. THIEME, Gutachten 48. DJT, S. D 60, ALBROW, Bürokratie, S. 49

12) Grundsätze des DGB zur Neuordnung des Beamtenrechts. Gliederung in Statusrecht u. Folgerecht (Düsseldorf Sept. 70).

13) z.B. QUARITSCH, These 9 Referat 48. DJT (S. O 56).

(b)

Das Beamtenverhältnis wird auf Lebenszeit eingegangen. Man mag einwenden, daß es hier schon herkömmlich erhebliche Einschränkungen gab¹⁸⁾; dies gibt jedoch nicht die jetzige Situation wieder.

Das Abgehen vom strikten Lebenszeitprinzip ist unter ein-
deutigem Verstoß gegen Art. 33 Abs. 5 GG de facto und de
jure teilweise bereits vollzogen. Anstellung auf Lebenszeit
bedeutet auch Nichtbeliebigkeit des Zeitpunkts für den Ein-
tritt in das Beamtenverhältnis. Durch den Eintritt zu Beginn
der Berufslaufbahn sollte einerseits "die Erziehung in dem
eigentümlichen Berufsethos durch dieses vorlebende Vorge-
setzte"¹⁹⁾, andererseits aber auch die systematische Aus-
und Fortbildung im Beamtenberuf sichergestellt werden.

Während in den ersten Jahren nach Erlaß der Beamtengesetze
noch heftig gegen die gleichberechtigte Zulassung berufs-
fremder Außenseiter protestiert wurde, die in höherem Lebens-
alter ohne Beamtenausbildung in zumeist gehobene Positionen
eingewiesen werden, hat sich inzwischen der Sturm gelegt.

War es früher noch herrschende Meinung, daß die gleichberech-
tigte Zulassung von Außenseitern dem Wesen des Berufsbeam-
tentums widerspreche und mit den hergebrachten Grundsätzen
unvereinbar sei²⁰⁾, kann heute niemand mehr daran zweifeln,
daß sich die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen (§§ 16
BRRG, 7 I Nr.3b BBG, 9,I Nr. 3b BBG, 32f. BLV) gegenüber der
Verfassungsbestimmung durchgesetzt haben²¹⁾.

14) SCHÄFER, Referat 48. DJT, S. 0 26 f. und These 7 (0 31f).

15) QUARITSCH aaO, KÖLBLE, Diskussion S. 0 93 f.

16) BVerfG 9, 268; dazu PARTSCH JZ 60,23f., VOGEL MDR 59,
894 ff., LEISNER, Mitbestimmung, S. 85 f.

17) Zutreffend LEISNER, Mitbestimmung, S. 85

18) So den Vorbereitungsdienst und die kommunalen Wahlbe-
amten; Weitere Nachweise bei THIEME, Der öffentliche
Dienst S. 47 f.

19) JÜSGEN DÖV 51, 474 (475) m.N.

20) JÜSGEN ebda; w.N. bei BOCHALLI, Grundriss zu § 16 BRRG.

21) So ausdrücklich THIEME, Der öffentliche Dienst S. 46,-
der die Zulässigkeit der entspr. Vorschriften nur auf
Grund seiner Hypothese, daß die Grundsätze "nur" zu
"berücksichtigen" seien, annimmt.

Das Institut des Beamten auf Widerruf ist weit über die schon traditionellen Ausnahmen vom Lebenszeitprinzip ausgedehnt worden^{21a)}.

In völliger Umkehr der Regelung des §3,1 BRRG ("Das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit bildet die Regel") - die im Gegensatz zum BBG den Einfluß des Art. 33 Abs. 5 GG noch spüren läßt - bildet für die Polizeivollzugsbeamten des Bundes das Beamtenverhältnis auf Widerruf die Regel, die lebenslängliche Anstellung die Ausnahme (§§ 6,21 BPolBG i.d.F. vom 12. 2.1972).

Planerische Aufgaben von oft entscheidender Bedeutung werden von Angestellten mit zeitlich begrenzten Verträgen wahrgenommen. Insofern zeigt das Lebenszeitprinzip noch Sperrwirkung, allerdings mit der mißlichen Folge, daß Beamte für viele derartige Tätigkeiten ausgeschlossen bleiben.

SCHAFER vertritt sogar die Meinung, daß das Lebenszeitprinzip nicht unabdingbar sei: Art. 33 Abs. 5 schlosse nicht aus, daß Beamte erst nach 15-jähriger Dienstzeit eine "Lebenszeitgarantie" erhielten²²⁾ - dies unter ausdrücklichem Bezug auf die Angestellten im öffentlichen Dienst.

(c)

Den tiefsten Einbruch auf diesem Gebiet konstatieren wir beim postulierten vollen Einsatz der Arbeitskraft.

Auch wenn man die Beziehungen zum Alimentationsprinzip vernachlässigt, sprechen bereits die Fakten gegen die Lebensfähigkeit dieses hergebrachten Grundsatzes.

Zunächst ist die "volle Hingabe" quantifiziert, "verrechnet", und zwar z.Zt. auf 42 Stunden wöchentlich (§ 1 VO über die Arbeitszeit der Bundesbeamten)²³⁾.

21a) Darstellung bei WACKE AöR 76, 385 ff.; WACKE als Vertreter traditioneller Auffassung bezeichnet den Beamten auf Widerruf und auf Probe als "denaturierte", "wesensfremde" Fromden des Beamtenverhältnisses (aaO, S. 430f., 432).

22) SCHÄFER, Referat 48. DJT, S. 0 23

23) v. 27.4.1965 gem. AndVO v. 6.12.1968, die ab 1.1.71 in Kraft ist; zur Quantifizierung der "vollen Hingabe" vgl. WIESE DVBl.70,644 (645 FN 18), LEMHÖFER u. HOFFMANN, Diskussion 48.DJT S. 0 71 bzw. 0 87

Eine Vergütung von Mehrarbeit, für das traditionelle Beamtenrecht undenkbar²⁴⁾, ist in beschränkter Form bereits geltendes Recht²⁵⁾.

Verfechter der hergebrachten Meinung erklären weitergehende Vergütungen über eine Sonderopfertheorie²⁶⁾ für zulässig, andere lehnen sie nur für den höheren Dienst ab²⁷⁾; wieder andere halten sie bei einfach meßbaren Mehrtätigkeiten für unbedenklich²⁸⁾.

Im Bereich der Nebentätigkeit des Beamten ist eine weitgehende Liberalisierung eingetreten; die Formel von der "vollen Hingabe" wird als "Rückstand einer vergangenen Staatsideologie" durchschaut²⁹⁾ und das eigentliche Problem in Interessenkollision und übermäßiger Inanspruchnahme gesehen³⁰⁾. Gegen eine solche "Modernisierung" des Nebentätigkeitsrechts werden keine verfassungsrechtlichen Bedenken mehr erhoben³¹⁾, Art. 33 Abs. 5 GG läuft leer.

Völlig aus den Angeln gehoben wurde die Verfassungsbestimmung durch die gesetzlichen Bestimmungen über Teilzeitbeamtinnen (§ 48a BRRG, 79a BBG). Obzwar beim betroffenen Kreis von Beamtinnen wohl am wenigsten am "vollen Einsatz der Arbeitskraft" gezweifelt werden kann, liegt es auf der Hand, daß der Dienstherr eben nur einen Teil dieser Arbeitskraft beansprucht und auch nur diesen Teil entlohnt (§ 2a BBesG).

24) Vgl. noch die Darstellung bei WILHELM ZBR 69, 229 m.N.

25) § 72, II, 3 BBG, § 36 a BBesG; VO über die Gewährung von Mehrarbeitsentschädigung für Beamte vom 26.4.1972 (BGBl. I S. 747).

26) So WILHELM aaO S. 231 27) FLOERKE, 48. DJT S. 0 124 f.

28) QUARITSCH, Referat 48. DJT, These 15 (S. 0 57).

29) THIEME, Gutachten zum 48. DJT, S. D 14

30) Auch die Rechtsprechung des BVerwG bewegt sich jetzt in ähnlicher Richtung; vgl. BVerwGE 31, 241 unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung (bis E 29, 304).

31) So ausdrücklich KÖLBLE, Disk. 48. DJT, S. 0 92
Zum Problem der Leistungszulagen LEISNER, Grundlagen S. 77 f.

lichen, sind lange Zeit - im Ergebnis freilich vergeblich - verteidigt worden.

Die Verteidigung steht im Zeichen eines Kampfes gegen das Vordringen materialistischer Gesinnung. Die Ausgangsposition ist, daß der Beamte "nicht Arbeit um des Erwerbs willen (leistet), sondern um des Staates und Volkes willen 'dient'"(39).

Diese Gegenüberstellung vermag nicht zu überzeugen; sie setzt den materiell bereits gesicherten Beamten voraus und vernachlässigt soziale Tatbestände⁴⁰⁾. Zur weiteren Stützung des traditionellen Leitbildes wird auf weitere klassische Theorien zurückgegriffen. Aus der Literaturfülle sei exemplarisch eine Darstellung aus dem Jahre 1963 herausgegriffen:

"In erster Linie ist es...die personenrechtliche Begegnung des Beamten mit einem Hoheitssubjekt in einem 'besonderen Gewaltverhältnis' und sein 'Dienen' für eine Allgemeinheit (§ 52 BBG), die es unmöglich machen, das Dienstverhältnis auf die zu einfache Formel des Gegenleistungsprinzips zu bringen. Der Beamte leistet nicht fremdbestimmte Arbeit für individuell äquivalenten Lohn, sondern er hat in intensiver Treue und Hingabe zunächst an seinen Dienst für die Allgemeinheit zu denken und egozentrische Zielsetzungen zurückzustellen"...." Die Lohntheorie ist einfach deswegen für den Beamten ebenso wie für die Allgemeinheit untragbar, weil eine gemeinschaftsfördernde Gesinnung gar nicht entlohnt werden kann. Darüber hinaus erzieht die Lohntheorie in einer ideologischen Umwelt zur Profitgier." (41)

Die Demontage dieser idealistischen Auffassung wird vom BVerfG eingeleitet. Dahinter steht die richtige Erkenntnis, daß Alimentation in der heutigen Verfassungsordnung keine "Gesinnungssache" sein kann, sondern (beim Beamten) die meist einzige Erwerbsquelle darstellt, die rechtlichen Schutz genießen muß.

39) EBERT, Das Recht des öffentlichen Dienstes (1965), S.14; ähnl. LEISNER, Grundlagen S. 59; anders aber ebd. 69 f.

40) Isbs. die bestehenden Interessengegensätze zwischen Dienstherrn und Beamten; vgl. ISENESEE, Beamtenstreik, S.50

41) WERTENBRUCH, ZBR 63, 200 (202 und 205); ganz ähnlich WACKE AöR 76, 385, 413 ff., der besonders auf die personenrechtliche Begegnung und auf das innere Wesen der Tätigkeit abstellt. Zur Kritik vgl. nur KLINKHARDT ZBR 64, 257 ff.

FN S. 176

38) Friedrich BÜLAU, Die Behörden in Stadt und Gemeinde, Leipzig 1836, S. 91.

Daraus ergibt sich eine rationalere Beurteilung des Gehaltsanspruchs des Beamten, womit gleichzeitig eine Verlagerung der Perspektive vom "Herrn" zum "Knecht" verbunden ist:

"Es ist ein 'hergebrachter Grundsatz' im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG, daß den Beamten nach ihrem Dienstrang, nach der mit ihrem Amt verbundenen Verantwortung und nach Maßgabe der Bedeutung des Berufsbeamtentums für die Allgemeinheit entsprechend der Entwicklung der allgemeinen wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse und des allgemeinen Lebensstandards ein angemessener Lebensunterhalt zu gewähren ist. Diesen Grundsatz hat der Gesetzgeber zu beachten"(42).

Unmittelbares Resultat dieser Rechtsprechung ist zunächst, daß der Begriff "Alimentationsprinzip" in den Hintergrund gedrängt wird durch den "Anspruch auf angemessenen Lebensunterhalt", der in einer Variante zum amtsgemäßen Unterhalt wird⁴³⁾. Mit der so auch theoretisch fundierten Abstellung auf das konkrete Amt wird der Blick auf den dahinterstehenden Dienstposten frei, somit in der Konsequenz auf die individuelle Arbeitsleistung. "Dienstpostenbewertung" und "Leistungsprinzip" werden zu zentralen Begriffen der Diskussion.

Gegen Mitte der 60er Jahre scheint es dem Schrifttum zu gelingen, diese Tendenzen zumindest begrifflich in traditionelle Beamtenbahnen zu lenken. Das Laufbahnprinzip, "überkommen und das Bild vom Berufsbeamtentum prägend"(44) wird von einem sog. Leistungsprinzip in Bedrängnis gebracht. Das verfassungsrechtliche Leistungsprinzip des Art. 33, II GG, das nur die Chancengleichheit für den Zugang zu einer Laufbahn herstellen sollte(45), wurde zunächst unter zweifelhafter Berufung auf einige Urteile der Verwaltungsgerichte auch für Beförderungen als beamtenspezifisch reklamiert (46), und schließlich als ein das gesamte Beamtentum prägender Grundsatz unter gleichem Namen ("Leistungsprinzip") herausgestellt (47).

42) BVerfGE 8,1; vgl. E 9,268(286).

43) Vgl. z.B. folgende "Kette": THIEME, Der öffentliche Dienst, S. 52 ("Alimentation"); ULE, Beamenrecht § 1 BRRG Rd. 10 ("amtsgemäß"); WOLFF, Verwaltungsrecht II, 409 f. ("angemessener Unterhalt"); FISCHBACH BBG I. Hb. S. 733 ("abwegiger Ausdruck"); THIEME, Gutachten 48. DJT S. D 39 ("sogenanntes Alimentationsprinzip").

44) M-D-H Art. 33 Rd. 67 45) M-D-H ebda.; daher auch die traditionell ablehnende Haltung gegenüber Außenseitern, vgl. o. S. 173

46) Unzutreffend iSbS. die Berufung auf das häufig herangezogene Urteil des OVG Berlin DVBl. 60,688; das Gericht stellt lediglich fest, daß eine Beförderung ohne Dienstleistungserbringung (hier: wegen Beurlaubung als Parlamentarier) unzulässig sei.

Der so ausgeweitete "Leistungsgrundsatz" wird u.a. als Grundlage für die Verpflichtung des Dienstherrn zur Dienstpostenbewertung herangezogen⁴⁸⁾; Alimentation wird zum "anforderungsgerechten Unterhalt"; Maßstab der "Alimentation" ist die an der Schwierigkeit der Dienstgeschäfte gemessene Leistung (!) des einzelnen Beamten⁴⁹⁾. Ein so umgestaltetes 'Alimentationsprinzip' hat mit dem hergebrachten Grundsatz nur noch die Bezeichnung gemeinsam⁵⁰⁾.

Der "Firmenwahrheit" dient es, wenn man die Besoldung unter Verzicht auf vorgeblich beamtenspezifische Grundsätze als das bezeichnet, was sie ist: eine Kombination von Leistungs- und Soziallohn (51), wobei der Leistungskomponente inzwischen ein höherer Rang eingeräumt wird als früher. Das ist klar ablesbar an den geänderten Laufbahn- und Besoldungsvorschriften, isbs. an den verkürzten Wartezeiten für Beförderungen (vgl. § 10 BLV).

Der Firmenwahrheit dient es nicht, wenn das BVerwG (im Zusammenhang mit der Dienstpostenbewertung) quasi eine Tradition zwischen "Amt" und "Dienstposten" erkennen will (52); soll damit mehr als eine Selbstverständlichkeit ausgedrückt werden, nämlich ein normativer Zusammenhang, stände diese Quasi-Tradition im Gegensatz zu den hergebrachten Grundsätzen. Die konkret am Arbeitsplatz (Dienstposten) geleistete Arbeit ist für die Höhe der Alimentation niemals entscheidend gewesen. Wäre es anders, hätte es im Beamtenrecht schon immer individuelle Leistungszulagen geben müssen.

Neben dem geschilderten Weg, den Abbau des Alimentationsprinzips mit Hilfe beamtenspezifischer Begriffe zu erklären, hat sich etwa gleichzeitig eine Meinung entwickelt, die den Begriff der Alimentation als untaugliche Bezeichnung für den Gehaltsanspruch des Beamten begreift⁵³⁾. Unter Berufung auf das obige Urteil des BVerfG⁵⁴⁾ hat z.B. FISCHBACH die dort entwickelten Vergütungsmerkmale als im wesentlichen gleich wie die im Wirtschaftsleben geltenden bezeichnet⁵⁵⁾. QUARITSCH

+ sc. des Zusammenhangs

47) Am umfassendsten von NEEBE - einem Vertreter der mythologischen Schule (vgl.z.B. o. S. 75) - in: Der Leistungsgrundsatz im öffentlichen Dienst (1967); Kritik an dieser Darstellung FEES ZBR 67, 203 ff.; w.N. bei LEISNER, Grundlagen S. 60 FN 1 (Literatur).

48) LANGE VerwArchiv Bd. 55, S. 43 f.

49) LANGE aaO S. 41 f.; LEISNER (aaO S. 69 f.) versteht den Alimentationsgedanken als eine Art "globaleren" Entgeltcharakter. Hier entstehen dann andere Schwierigkeiten im Hinblick auf die "volle Hingabe" (vgl.o.S. 174 ff.).

begriffen⁽⁶⁴⁾ ; heute ist man sich einig, daß hier ein zu beseitigender Mißstand liegt. Die Bestrafung der "Untreue" des Beamten steht nicht nur der neuerdings geforderten Flexibilität entgegen, -sie ist auch unter Grundrechtsaspekten mehr als zweifelhaft und schwächt entscheidend die postulierte "Unabhängigkeit" des Beamten (65). Wegen dieser Bedenken warnt z.B. PARTSCH davor, "unser geltendes Versorgungssystem in den Himmel der 'hergebrachten Grundsätze' unseres Beamtentums zu erheben" (66). Nach geltendem Recht und angesichts des Beschlusses des BVerfG vom 14.6.1960 (67) stünde dies gar nicht zur Debatte, da davon ausgegangen werden muß, daß zumindest die wichtigen Strukturen des geltenden Versorgungsrechts unter eben diesem Schutze stehen.

(3) Die Kritik am besonderen Gewaltverhältnis

(a) Allgemeine Tendenzen

"Wer das besondere Gewaltverhältnis des Beamtenverhältnisses übermäßig abrüstet, tut dem Beamtentum unter Umständen Gewalt an!" (68)

Ingo v. MÜNCH schrieb diese Zeilen 1959, als die Tendenz zunehmender "Verrechtlichung des Beamtenverhältnisses stärker wurde. Richtig war seine Beobachtung, daß durch die "Verrechtlichung" der "Individualismus innerhalb des Beamtenverhältnisses verstärkt und damit zugleich der ihm konträre Institutionalismus des Beamtenverhältnisses abgebaut" würde⁽⁶⁹⁾ - allerdings fehlte die Bewertung dieses Vorgangs.

64) THIEME, Der öffentliche Dienst S. 48; vgl. schon POTTHOFF, Probleme des Arbeitsrechts (1912), S. 169 f.

65) So meint PARTSCH (Diskussion 48. DJT S. 0 131), daß das geltende Versorgungssystem "der Mobilität des Beamtentums und insbesondere einem gesunden Austausch mit der Wirtschaft im Wege steht". ISENSEE fragt, "ob die rigorosen Rechtsverluste..nicht einer Überspannung des Lebenszeitprinzips entspringen und dem Grundrecht beruflicher Freizügigkeit (Art. 12 I GG) widersprechen" (Beamtenstreik, S. 159f. FN 15). Zur Schwächung der "Unabhängigkeit" vgl. oben S. 150

66) PARTSCH Diskussion 48. DJT S. 0 131

67) = BVerfGE 11, 203

68) v. MÜNCH, Besonderes Gewaltverhältnis, Arbeitsverhältnis und Beamtentum ZBR 59, 209, 211

69) v.MÜNCH, ebda.

Die Bewertung ist inzwischen nachgeholt und das "besondere Gewaltverhältnis" "abgerüstet" worden. Schrittmacherdienste hat im Bereich des Beamtenrechts der Aufsatz von MALZ "Das Beamtenverhältnis als besonderes Gewaltverhältnis" geleistet (70).

Die ältere mythologische Kritik an den Verrechtlichungstendenzen⁷¹⁾ ist in diesem Zusammenhang ohne Belang. Ihr einziges Argument ist ein Zirkelschluß: weil das Beamtenverhältnis das "Musterbeispiel" des besonderen Gewaltverhältnisses sei, sei eine entsprechende Ausgestaltung ("Dienst- und Treueverhältnis") notwendig⁷²⁾.

Diese und ähnliche in sich kreisende Gedankengänge haben es lange Zeit vermocht, alle anstehenden Probleme mit der Elle des "Dienst- und Treueverhältnisses" als eines besonderen Gewaltverhältnisses zu messen (politische Betätigung, Streikrecht, Disziplinarrecht, Hierarchie u.v.a.). Die Rückwirkungen sind bis jetzt - auch an dieser Arbeit - auszumachen: eine klare Trennung in Problembereiche wird unerhört erschwert, weil jedes denkbare Problem innerhalb des Beamtenrechts unter dem Aspekt des "Dienst- und Treueverhältnisses" erörtert werden kann.

Bei den engen Verbindungen zwischen "besonderem Gewaltverhältnis", "Dienst- und Treueverhältnis", Alimentation und Fürsorge ist es einleuchtend, daß sich die Wege der Kritik sehr ähneln. Das Maß der Kritik am besonderen Gewaltverhältnis ist aber - jedenfalls verbal - verschärft. Die Tendenz der Kritik wird gekennzeichnet durch den vollzogen Begriffswandel ("Sonderstatus", "Sonderrechtsverhältnis") und vor allem durch den Umstand, daß das Bestehen eines Sonderstatus ganz überwiegend nicht mehr als selbständige Beschränkungsgrundlage von Rechten (isbs. Grundrechten) angesehen wird⁷³⁾. Daß der freiwillige Eintritt in das Beamtenverhältnis zugleich einen Grundrechtsverzicht bedeute⁷⁴⁾, ist längst als Fiktion durchschaut⁷⁵⁾.

70) MALZ ZBR 64, 97 ff.

71) Vgl. meine Kritik an den traditionellen Abgrenzungskriterien im III. Kapitel (S. 32-94).

72) So THIELE DöD 63, 101 ff.; Kritik daran bei MALZ aaO

73) Vgl. z.B. HESSE, Grundzüge³, S. 128 f; MALZ aaO; WOLFF, Verwaltungsrecht I 1968⁷, S. 184; ISENSEE, Beamtenstreik S. 70; M-D-H Art. 33 Rd. 72; LERCHE, Übermaß, 216 ff.; LEISNER DVBl. 60, 617 ff. u.v.a.

74) So MANGOLDT-KLEIN, Das Bonner GG, 1957¹ S. 129; 1964², 133 ff.

75) Dagegen schon WERNER JZ 54, 557; LEISNER aaO (621); THIEME, Der öffentliche Dienst, 69; H. KRÜGER ZBR 56, 309, 311.

Das besondere Gewaltverhältnis wird endlich zunächst zurückhaltend als "Hilfsbegriff"(76), neuerdings auch schlicht als "Leerformel" (77) bezeichnet.

Schwierigkeiten bereitet aber nach wie vor die Festlegung jener Bereiche, die dem "Sonderstatus" zuzuordnen sind. Nimmt man das "Dienst- und Treueverhältnis" in überlieferter Gestalt als Umfang des Sonderstatus an, liegt eine Vertauschung der Begriffe ohne sonderliche Konsequenz vor, da auch im "Sonderstatus" ein Rekurrieren auf "sachliche Eigengesetzlichkeiten"⁷⁸⁾ leicht möglich ist. Insofern wären der "Verrechtlichung" schwer bestimmbare Grenzen gesetzt. Mehr Chancen bietet m.E. der Versuch, von der Aufgabe der Verwaltung in der Demokratie her Erfordernisse aufzustellen, die ggfs. rechtliche Konsequenzen für das Beamtenverhältnis nach sich ziehen⁷⁹⁾. Diese Vorgehensweise sei am Beispiel des Disziplinarrechts erprobt.

(b) Das Disziplinarrecht

Das - hergebrachte⁸⁰⁾ - Disziplinarrecht sieht sich in harter Bedrängnis; weniger im Hinblick auf Verfahren und Institutionalisierung⁸¹⁾ als vielmehr wegen des mitunter von ihm beschrittenen Terrains.

Der Ansatzpunkt einer vom Beamtenverhältnis ausgehenden Kritik wäre an sich brauchbar, weil bewährte Kriterien zur Abgrenzung der "Privatsphäre" vorliegen(82); jedenfalls sollte man annehmen, daß auch ohne Zuhilfenahme der Aufgabenstellung der Verwaltung in der Demokratie die Gefahr einer "Umformung des Beamtentums in eine Art Laienpriestertum"(83) nicht bestünde. Diese Annahme erweist sich aber z.T. als falsch.

76) THIEME, Der öffentliche Dienst, S. 70 FN 16

77) WIESE DVBl. 70, 644, 646 f.; ähnl. MALZ aaO S. 99 ("leere Hülse"); ISENSEE, Beamtenstreik S. 70 ("brüchige Krücke"); so schon GREWE, Referat 39.DJT

78) Vgl. HESSE, Grundzüge⁴, S. 134 ff.; zu pauschal LERCHES Aussage, daß im Innenbereich der Grundsatz der Erforderlichkeit schweigt (Übermaß S. 218).

79) Vgl. MALZ aaO (102) und den wenn auch zu funktionalistischen Versuch KÖLBLES, DÖV 70, 447, 453 ff. Vgl. im übrigen oben S. 14-31

Hinter den weiten Formulierungen der §§ 54 S.3 BBG, 36 S.3 BRRG "verbergen sich teilweise tief in das Privatleben hineinreichende Verhaltensverpflichtungen, deren Schwerpunkte das Sexualleben, die Wirtschaftsführung und das Verhalten des Beamten im Straßenverkehr betreffen"⁸⁴⁾.

Die von BENZ nur in Auszügen mitgeteilte chronique scandaleuse der Disziplinarpraxis läßt sich bis in die jüngste Zeit verfolgen, wobei allerdings - isbs. unter dem Einfluß des BVerfG (85) - eine spürbare Verstärkung der rechtsstaatlichen Tendenz erkennbar wird (86). Die Praxis geht aber nicht so weit, daß klare Abgrenzungen üblich geworden seien: so ist nach einer Entscheidung des BayVGh vom 8.11.1971 "die straflose Unzucht zwischen erwachsenen Männern außerhalb des Dienstes...im allgemeinen(!) kein Dienstvergehen"(87). Die Hintertür zur "sittlichen Perfektionierung"(88) bleibt also offen.

Mit Recht läßt sich aber bezweifeln, ob ein Fortschreiten auf dem vom BVerfG eingeschlagenen Weg sinnvoll ist: die vom Gericht vorgenommene "generelle Abwägung zwischen dem Schutz der Privatsphäre und dem öffentlichen Interesse" - wenn auch unter Einbeziehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes -⁸⁹⁾ setzt voraus, was erst zu untersuchen wäre: ob denn ein "öffentliches Interesse" in derartigen⁹⁰⁾ Fällen überhaupt begründbar ist. Das ist i.d.R. abzulehnen: der Gesetzgeber ar-

80) Vgl. ULE in: Die Grundrechte IV/2, 606 ff.; M-D-H Art. 33 Rd. 65 FN 7; BVerfGE 15,105 (wenn auch im konkreten Falle ablehnend: "dem hergebrachten Disziplinarrecht fremd").

81) Aber SCHAFER (Referat 48. DJT, Leitsatz 9 S. O 32): "Das Disziplinarrecht ist abzuschaffen."

82) Vgl. die Nachweise oben S. 164ff. (Rspr. des BVerfG)

83) BENZ, Beamtenverhältnis und Arbeitsverhältnis, S. 99

84) BENZ, ebda.

85) Vgl. zuletzt BVerfGE 27,344

86) Vgl. hierzu JUNG, Zweispurigkeit, S. 155 und FN 332 ebda; Zutreffend isbs., daß dadurch ein Teil der "Eigenart" des hergebrachten Disziplinarrechts wegfällt. Verharmlosend LEISNER, der von einer "oft erstaunlichen Wandlungsfähigkeit" der Disziplinarrechtsprechung spricht und "die Funktionsbezogenheit auch außerdienstlicher Verhaltenspflichten" offenbar bereits für verwirklicht hält (Grundlagen, S. 27(f.)).

87) BayVGh ZBR 72,31

88) WILHELM ZBR 65, 123 89) Vgl. BVerfGE 27,344=NJW 70, 555. Insofern scheint die Kritik an LERCHEs Auffassung (vgl.o.S.183 N 78) berechtigt, da er die Disziplinargerichtsbarkeit zum "Innenbereich" zählt (Übermaß,S.219).

90) Bei BVerfGE 27,344 ging es um die Übersendung von Ehe-scheidungsakten an den Untersuchungsführer eines Diszi-plinarverfahrens.

beitet hier nämlich mit einer Fiktion: nach §§ 45 I 2 BRRG, 77 I 2 BBG ist ein Verhalten außerhalb des Dienstes ein Dienstvergehen, wenn die dort genannten Voraussetzungen vorliegen; diese Voraussetzungen beziehen sich aber auch bei wohlwollender Auslegung nur zum kleinsten Teil auf die Aufgabe und Stellung der Verwaltung im Führungskreislauf des GG. Eine derartige Fiktion ist deshalb zur Grundrechtseinschränkung (Art. 2, I iVm 1, I GG) untauglich, wie nachzuweisen sein wird.

Auch in Sonderrechtsverhältnissen können nicht beliebige Grundrechtseinschränkungen vorgenommen werden; sie müssen vielmehr ihre Grundlage in der Verfassung selbst haben⁹¹⁾. Durch die Verfassung wird aber nur die Stellung und Aufgabe der Beamten im Führungskreislauf des GG umschrieben; nur von dort her sind Grundrechtseinschränkungen möglich und sinnvoll, nicht auf Grund einer Ständesmoral⁹²⁾. Als Dienstvergehen eines Beamten kann also nur ein Verhalten in Frage kommen, das auf den Führungskreislauf des GG in ungünstiger Weise einwirkt und damit die Umsetzung eines legitimierten Interesses erschwert oder verhindert. Das "öffentliche Interesse"- das ebenso wenig wie das "Allgemeinwohl" eine selbständig bestimmbare Größe ist - liegt eben in dieser reibungslosen Umsetzung begründet. Die ständische Kategorie des "Ansehens", mit der z.B. das BVerwG extensiv arbeitet⁹³⁾, verhindert den Blick auf die Verfassungsprinzipien und bleibt elitären Moralvorstellungen verhaftet. Wenn das Verhalten eines Beamten, das den Führungskreislauf beeinträchtigt, i.d.R. auch von der Gesellschaft abgelehnt wird, ist dies die Folge eines insofern vorhandenen sozialen Konsensus. Andere gesellschaftliche Moralvorstellungen (z.B. über Ehebruch, Homosexualität, Verhalten im Straßenverkehr) können, weil sie die Aufgabe der Verwaltung im Führungskreislauf des GG nicht betreffen, niemals den Bewertungsmaßstab für ein "Dienstvergehen" abgeben.

Aus diesem Grunde ist auch die Fragestellung "inwieweit die Stellung als Beamter in das Privatleben hineinwirkt"⁹⁴⁾ so nicht haltbar. Sie setzt die Notwendigkeit von Grundrechtseinschränkungen im Privatleben des Beamten voraus und bringt ihn damit a priori in eine gegenüber anderen Bürgern schlechtere Rechtsposition. Zugleich werden damit Gesetzgebung und Disziplinarpraxis von der Notwendigkeit fundierter Analyse

91) ganz hM; vgl. die in N 73, N 75 zit. Literatur

92) ähnliche Überlegungen galten für den Bereich der politischen Betätigung (oben S. 136 ff.); das GG will das Berufsbeamtentum im Interesse der Allgemeinheit aufrechterhalten (vgl.o.S. 32), nicht zur Bewahrung einer Ständesmoral. 93) vgl.nur BVerwG FamRZ 64, 255

94) THIEME, Gutachten S. D 51, der im übrigen gegen eine extensive Handhabung eintritt (aaO S. 68f.).

enthoben und können so auf Abwägungen allgemeinsten Art ausweichen, die nicht nachprüfbar sind. Die Fraglosigkeit der Annahme von Grundrechtseinschränkungen führt teilweise sogar zu einer unzulässigen Verschlechterung der Rechtsposition auch der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst⁹⁵⁾: "Gleichheit" wird hier auf einem Niveau hergestellt, das keinen verfassungsmäßigen Unterbau hat.

Der staatlichen Gewalt ist es nicht nur verwehrt, "sich durch das Mittel der Schaffung beliebiger neuer Sonderstatusverhältnisse über ihre Bindung an die Grundrechte hinwegzusetzen" (96), sondern auch, bestehende Sonderrechtsverhältnisse qua gesetzlicher Fiktion verfassungsunabhängig auszudehnen(97). Grundrechtseinschränkungen (bzw. Sanktionen) wären demnach nicht nur danach zu beurteilen, ob sie durch Sinn und Zweck des konkreten Dienstverhältnisses (unabweisbar) gefordert werden(98), sondern auch danach, ob die Vermittlung zwischen Sonderstatus und den - ihn erst rechtfertigenden - Verfassungsprinzipien (99) gewährleistet bleibt.

Diese Vermittlung ist dann sicher nicht mehr gegeben, wenn eine fiktive Zuordnung des Außenbereichs zum Innenbereich erfolgt¹⁰⁰⁾. Die Folge ist vielmehr, daß aus der vermittelten Amtsverfassung eine unvermittelte, "isolierte" Amtsverfassung wird, die ihrerseits isolierte Grundrechtseinschränkungen hervorbringt.

Die Aufdeckung dieser desintegrativen Tendenz¹⁰¹⁾ macht es im Verein mit der bekannten ne-bis-in-idem-Problematik(102) nahezu unmöglich, am hergebrachten Disziplinarrecht festzuhalten.

- 95) Vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht II, S. 412; WACKE AöR 76, 385, 396 ff.; Von besonderer Aktualität ist diese Frage im Streikrecht (unten c).
- 96) Zutr. HESSE Grundzüge³, S. 130
- 97) Dies führt in die Nähe des "Formenmißbrauchs"; vgl. (in anderem Zshg.) ISENSEE, Beamtenstreik, S. 103 f.
- 98) vgl. BVerfGE 19, 322 und die (verschärfende) Interpretation dieser Entscheidung bei HAMANN-LENZ Art. 33 B 7 jj.
- 99) Isbs. den Staatszielbestimmungen (vgl.o. S.95 ff.).
- 100) Vgl. den Wortlaut der §§ 45 I 2 BRGG, 77 I 2 BBG; zum "Innenbereich" allgemein LERCHE, Übermaß S. 218 ff.; vgl. aber N 78, N 89
- 101) Das Ergebnis ist vom Ansatz her (vgl.o.S.183) nicht auf die Kritik des "Standesbewußtseins" beschränkt (vgl.dazu oben S. 70 ff.), sondern von struktureller Bedeutung.
- 102) Ausführlich z.B. DAU, DVBl. 68, 62ff. m.N.

(c) Das Streikrecht

Die in jüngerer Zeit verstärkt eingesetzte Kontroverse um Streikrecht oder Streikverbot der Beamten hat nach verbreiteter Meinung entscheidende Bedeutung für die Zukunft des Berufsbeamtentums in seiner traditionellen Gestalt. Ohne Überspitzung kann gesagt werden, daß die verfassungsrechtliche Überlebenschance unserer Norm jedenfalls vom Ausgang dieser Kontroverse abhängt, da sich die meisten ihrer anderen Inhalte¹⁰³⁾ als nicht widerstandsfähig genug erwiesen haben, um auch einen "Beamten mit Streikrecht" als vorstellbare normative Ausnahme zuzulassen, ohne gleichzeitig jenen "Kernbestand von Strukturprinzipien" der Norm auf eine quantité négligeable zu reduzieren¹⁰⁴⁾.

Eine auch nur annähernd vollständige Darstellung der vertretenen Meinungen ist unmöglich. Ein Hinweis auf das Abstimmungsergebnis auf dem 48. DJT dürfte in etwa repräsentativ sein⁽¹⁰⁵⁾. Im Rahmen der Arbeit kann nur auf die Argumente eingegangen werden, die das Streikverbot auf Art. 33 Abs. 5 stützen: um die Zuordnungsmöglichkeit dieser Norm zu anderen Verfassungsprinzipien geht es ja, und Zuordnung ohne Eigengewicht der zuzuordnenden Norm sagt wenig aus (106).

- 103) Das Streikverbot gehört nach ganz überwiegender Meinung zu den "hergebrachten Grundsätzen"; in BVerfGE 8, 1, 17 (vgl. O. S. 110) wird es als fast selbstverständlich vorausgesetzt. Vgl. nur THIEME, Der öffentliche Dienst, S. 50; ULE in: Grundrechte IV/2 S. 572; PORR, Die Pflichten des Beamten unter der Verfassungsordnung des GG, Diss. Göttingen 1968, 102 ff. (107); Übersicht bei ISENSEE, Beamtenstreik S. 53 FN 1 zu b)
- 104) ISENSEE, Beamtenstreik S. 58, bestätigt indirekt diese Schlußfolgerung: "Es bliebe beim 'Beamten mit Streikrecht' kaum noch beamtenrechtliche Substanz zurück - zu wenig jedenfalls, um noch die Unterscheidung des Beamtenstatus vom allgemeinen Arbeitnehmerstatus begründen zu können." ISENSEE führt dies auf die "Kettenreaktion" zurück, die eine Aufhebung des Verbots nach sich zöge (aaO S. 57), übersieht aber die strukturelle Schwäche der Norm, die diese Kettenreaktion erst ermöglicht.
- 105) Eine starke Mehrheit (159:45:34, 48. DJT S. O 218) tritt für eine Beibehaltung des Verbots ein; enzyklopädische Übersicht der Meinungen bei ISENSEE FN 5-9 S. 12 ff.
- 106) Vgl. oben S. 8 ff., 100 ff.

Die ersten Diskussionen über das Streikrecht nach dem II. Weltkrieg entzündeten sich an den Verfassungen der Länder Berlin, Bremen und Hessen. Insbesondere Art. 29 HV, der die Schaffung eines einheitlichen Arbeitsrechts für alle öffentlichen Bediensteten vorsah und ihnen das Streikrecht garantieren wollte (107), stand im Kreuzfeuer der Kritik.

In dieser Anfangsphase der Auseinandersetzung über den Beamtenstreik wurde verstärkt auf Argumente der mythologischen Schule zurückgegriffen. So heißt es etwa: weil die "Beamten als staatliche Organträger den Staat selbst darstellen, da sie Repräsentanten der Staatsidee sind, wäre ein von ihnen unternommener Streik völlig sinnwidrig und unlogisch" (108).

Daß hier keine tragfähige Grundlage vorhanden ist, wurde bereits herausgearbeitet (109). Nichts anderes gilt für die Behauptungen, daß Beamtenstreik immer Streik gegen die "Gemeinschaft" (110) oder gar "Treubruch gegenüber der Volksgemeinschaft" (111) sei. Beamte und Bürger bilden keine "Volksgemeinschaft", die Interessenkollisionen von vornherein ausschliesse. Ein verschleiern des "Gemeinschaftsdenken" findet keine Stütze in der Verfassung (112).

Überwiegend wurde das Streikverbot aller Beamten jedoch mit der Treupflicht des Beamten gegenüber seinem Dienstherrn begründet. Das "Dienst- und Treueverhältnis" verpflichte den Beamten, alles zu unterlassen, was den Interessen seines Dienstherrn schaden könne (113). Es bedarf kaum näherer Darlegung, daß "Verrechtlichung" und die Kritik am "besonderen Gewaltverhältnis" die Beurteilung des Streikverbots nicht unberührt ließen.

107) Zu Art. 29 HV vgl. ISENSEE, Beamtenstreik S. 34 f. m.N.

108) HEYLAND, „Das Berufsbeamtentum im neuen demokratischen Staat (1949), S. 44; vgl. ders. DÖV 51, 462, 465; MIESSNER, Um die Sicherung des Berufsbeamtentums (1953), S. 43; so schon GIESE, Das Berufsbeamtentum im deutschen Volksstaat (1929); Kritik bei SÖRGEL, Konsensus und Interessen S. 360 FN 7

109) Oben S. 57 ff

110) THIEME, Der öffentliche Dienst S. 75

111) BOCHALLI, NJW 58, 175

112) Gegen dieses "Gemeinschaftsdenken" (auch) im Arbeitsrecht: SCHWERDTNER ZRP 70, 62 ff.; LEISNER (Mitbestimmung S. 37) warnt vor dem unzulässigen Wegharmonisieren der tatsächlich häufig bestehenden Interessenkollision.

113) Nachweise (u.a.) bei THIEME aaO S. 50 FN 155; HANAU JuS 71, 120 FN 1; ISENSEE aaO S. 48 FN 1; LEISNER aaO S. 37 FN 85

Die Tendenz zur "Verrechtlichung" fand gerade in der Treuepflicht, die es ihrem Wortsinn nach nahelegt, "daß es sich um eine ungemessene Inpflichtnahme" handelt¹¹⁴⁾, ihr dankbarstes Angriffsobjekt. Der Abbau des besonderen Gewaltverhältnisses¹¹⁵⁾, der im GG verstärkte Grundrechtsschutz¹¹⁶⁾ und schließlich die Konvergenz von Beamten- und Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst¹¹⁷⁾ boten Ansatzpunkte der Kritik¹¹⁸⁾, die dazu führten, daß die hergebrachte Treuepflicht zum schwächsten Argument für das Streikverbot der Beamten wurde¹¹⁹⁾.

Diese teilweise schon historische Phase der Auseinandersetzung¹²⁰⁾ lenkte als unmittelbare Folge den Blick auf Umfang und sinnvolle Abgrenzung der Sonderstatusverhältnisse im öffentlichen Dienst. Dabei gerieten die "hergebrachten Grundsätze" bei Befürwortern wie Kritikern des Streikverbots entscheidend in die Defensive, - was angesichts der nun fast durchgängig konstatierten Schwäche der Norm nicht verwundern kann. Eine gewisse Rolle in der Diskussion spielen noch: die einseitige öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses (also das Fehlen der Tarifautonomie); das Lebenszeitprinzip (oder das Fehlen eines Kampfrisikos); schließlich - und vor allem - der Funktionsvorbehalt (121)).

114) ISENSEE, Beamtenstreik S. 50 (Hervorhebung im Original).

115) Vgl. o. S. 181 ff. m.N.

116) So meinte JÜSGEN schon 1951, daß der Beamtenstatus wegen des im GG verstärkten Grundrechtsschutzes Wandlungen unterliege (DÖV 51, 474, 475).

117) Vgl. nur HOFFMANN AöR 91 (1966), S. 141-192; BENZ, Beamtenverhältnis und Arbeitsverhältnis (1969); JUNG, Zweispurigkeit (1971); DAUBLER, Der Streik im öffentlichen Dienst, (1970), isbs. 217 ff.; THIEME, Gutachten 48. DJT isbs. D 64 ff.

118) Vgl. DAUBLER aaO; HOFFMANN aaO; BENZ aaO; RAMM, Das Koalitions- und Streikrecht der Beamten (1970); MENZEL DÖV 69, 513 ff., 519. Die Hinweise müssen notgedrungen pauschal ausfallen; vgl. Nachweise bei ISENSEE aaO (zur Treuepflicht S. 48 ff.).

119) Diese Aussage gilt nicht nur für die Befürworter eines Streikrechts (vgl. N 118), sondern allgemein: vgl. HANAU JuS 71, 120, 121 ("schwächstes Argument"); ISENSEE aaO S. 48 ("Wer das Streikverbot auf die Treuepflicht gründet, baut auf schwankendem Rechtsboden"); MAUNZ BayVbl. 69, 345; LEISNER, Mitbestimmung S. 37; HAMANN-LENZ, GG, S. 434. W.N. bei ISENSEE aaO; RAMM aaO (S. 45 ff.).

120) Vgl. oben N 116; Begonnen hat bereits die Phase der Antikritik, vgl. ISENSEE aaO S. 14 m.N.

121) Vgl. nur den Aufbau von ISENSEEs Untersuchung (aaO, S. 35 ff., 44 ff., 84 ff.).

Die Gründung des Streikverbots auf den hergebrachten Grundsatz der einseitigen Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses durch den Gesetzgeber (Fehlen der Tarifautonomie) führt zur bekannten Kontroverse zurück: die verfassungsrechtliche Ausnahmestellung der Beamten läßt sich unter dem Druck des Koalitionsrechts¹²²⁾ nur bei angemessener Kompensierung halten¹²³⁾. Die Kompensierung führt notwendig über den hergebrachten Rahmen hinaus, sei es im Wege der praktischen "Konkordanz zweier Verfassungsnormen"¹²⁴⁾, sei es im Wege der Unterstützung der Ausnahme durch andere Verfassungsprinzipien¹²⁵⁾.

Hierzu zwingt vor allem die Schwäche der Norm, wie sie in der Kritik am Alimentationsprinzip und am Lebenszeitprinzip deutlich wurde (126). Kaum ernst zu nehmen wäre die Behauptung wirtschaftlicher Not oder mangelnder Sekurität der Beamten. Von Bedeutung ist aber, daß "die Modellvorstellung einer in übergeordneter, unantastbarer Souveränität thronenden Staatlichkeit kaum noch der Wirklichkeit heutiger Demokratie entspricht" (127), wichtiger noch, daß diese Modellvorstellung der Verfassungsordnung des GG kaum zu entsprechen scheint (128).

Mit den hergebrachten Grundsätzen allein ist das Streikverbot für Beamte nicht zu halten: "Es geht nicht mehr darum, ob das Streikverbot im Beamtenrecht eine Grundlage findet, sondern darum, ob die beamtenrechtliche Grundlage ihrerseits tragfähig ist"¹²⁹⁾. So nimmt denn das Streikverbot - als einer der Grundsätze - am allgemeinen Niedergang der retrospektiven Norm teil, ohne besondere Auffälligkeit; seine Widerstandskraft beruht auf seiner Aktualität und seiner großen gesellschaftspolitischen Bedeutung, nicht auf seiner Normqualität.

122) Das Koalitionsrecht - mit Ausnahme des Streikrechts - stand den Beamten schon unter der Geltung der WRV (Art. 130, II, 159 WRV) zu. Nicht anzunehmen war, daß "das GG gerade in dieser Frage hinter den Rechtszustand der WRV zurückfallen wollte" (ULE, in BARING-ULE, Grundfragen der deutschen Beamtenpolitik, 1958, S. 22; vgl. ebda. S. 25 f.). Verstärkt wurde dieser Druck durch die Ansiedlung des Streikrechts im Bereich des 9, III GG (vgl. ISENSEE, op. cit., S. 23-31 mit zahlreichen Nachweisen), also im Bereich der für alle Staatsbürger geltenden Grundrechte. Die inhaltliche Festigung gegenüber Art. 2, I GG ist unübersehbar.

123) Vgl. oben S. 111 f.; vgl. ISENSEE, aaO S. 71

124) ISENSEE, op. cit. 61 ff. mit zahlreichen Nachweisen

In dem Maße, wie das hergebrachte Streikverbot an Selbstverständlichkeit einbüßte, mußte der Blick zwangsläufig auf Funktion und Aufgabe der öffentlichen Verwaltung fallen. Hier aber ergeben sich im Hinblick auf das Streikverbot "eine Fülle von Ungereimtheiten"¹³⁰⁾, denen offenbar nur mit grobem Raster beizukommen ist.

Zweifellos am größten gerastert sind Modelle, die entweder eine globale Streikfestigkeit aller Staatsfunktionen (131) annehmen, oder die dem Streikrecht auch funktionelle keine Grenzen setzen wollen (132). An Vereinfachung steht diesen Modellen jedoch auch die Ansicht kaum nach, die auf die "Regelung durch Gesetz" abstellt, und auf die "Besonderung des öffentlichen Rechts" als "Systemfunktion" rekurriert⁽¹³³⁾.

Die angebliche "Systemfunktion" des öffentlichen Rechts kann ohne die nachgewiesene Funktionsrichtigkeit des Beamtenstatus¹³⁴⁾ keine Geltung beanspruchen, da durch jene der Formenmißbrauch geradezu Ermunterung erführe¹³⁵⁾.

- 125) Extremes Beispiel für diese Vorgehensweise LEISNER, Grundlagen S. 44, der den "Verzicht auf Tarifaufonomie und Arbeitskampf" zum "Grundprinzip der Rechtsstaatlichkeit" ernennt. Vgl. bereits oben S. 111
- 126) Vgl. oben S. 173 f., 176 ff.
- 127) ISENSEE op. cit. S. 37
- 128) Vgl. isbs. das II. Kapitel (S. 14-31), aber auch S.37 ff.
- 129) So zutreffend ISENSEE op.cit. S. 73
- 130) LUHMANN ZRP 71,49; vgl. auch MENZEL DÖV 69, 513 ff.; HOFFMANN AöR 91, 181 f.
- 131) Nachweise der Mindermeinung bei ISENSEE op.cit. S. 77; Hervorzuheben WACKE, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts (1957), S. 90 ff.
- 132) Dies klingt an bei HOFFMANN, isbs. Diskussion 48. DJT, S. 0 161(f.) : "Grenzen des Streiks will ich nicht leugnen. Aber nach unserem Grundgesetz leugne ich Grenzen des Streikrechts."
- 133) QUARITSCH, Referat 48.DJT S. 0 37, 0 50; ähnlich HANAU JuS 71, 120, 121 f.
- 134) Wobei zunächst offenbleiben kann, ob sich die Funktionsrichtigkeit auf den Status des einzelnen Beamten beziehen muß, oder ob eine etwas weniger individualisierende Sicht möglich bleibt.
- 135) Das Problem des Formenmißbrauchs (Art. 3 I GG) ist zutreffend erkannt bei ISENSEE aaO S. 103 f. "Der Unterschied des Beamten zum Arbeitnehmer verliert jede Rechtfertigung, wenn ihre Tätigkeit völlig gleichartig ist..Vor allem werden die beamtenspezifischen Freiheitsbeschränkungen sinnlos, wenn sie nicht mehr (beamtenrechtstranszendent) von den Erfordernissen des Amtes getragen werden."

Im übrigen ist der Formenmißbrauch nicht irgendeine ferne Möglichkeit, sondern wiederholt erprobte Realität. Ein weiter Teil der heute sogenannten Sicherungsaufgaben (so Bahn und Post) unterliegt nicht etwa einem funktionellen Streikverbot. Vielmehr wurden die Aufgaben zu "Sicherungsaufgaben" (zunächst zum Zwecke der "Landesverteidigung"), damit sie kraft beamtenrechtlichen Verbots streikfest würden(136).

Die Anhänger der Systemfunktionstheorie verhindern in der Konsequenz eine an der verfassungsmäßigen Ordnung orientierte Ausdifferenzierung der zulässigen Streikziele, was insbesondere in Bereichen von Bedeutung ist, wo Aufgaben von Beamten und Arbeitnehmern gleichermaßen wahrgenommen werden¹³⁷⁾. Diese Desavouierung rechtsfortbildender Tendenzen wirkt umso einschneidender, wenn in Gegenläufigkeit zur verfassungsrechtlichen Entwicklung Gebiete "reiner" Staatlichkeit herausgebrochen werden, die erst den "reinen" (d.h. der Diskussion entzogenen) politischen Streik als Rechtsfigur plausibel machen sollen¹³⁸⁾.

In der verschärften Auseinandersetzung wird z.T. vor disparaten "Vergleichen" nicht zurückgeschreckt. HANAU und QUARITSCH ziehen eine Parallele zwischen (für Gehaltsforderungen) streikenden Beamten und Bürgern, die gegen die Steuer- oder Schulpflicht "streiken" (139):

"Es widerspräche der Logik des Systems, den berufsmäßigen Angehörigen des Staates das zu gewähren, was jedem Bürger für seine allgemeinen Pflichten aus guten Gründen versagt ist". (140)

Daß solche Vergleiche überhaupt gezogen werden, kann wohl nur dadurch erklärt werden, daß - ohne Rücksicht auf den Inhalt eines Rechtsverhältnisses - einseitig auf die "Regelung durch Gesetz" abgestellt wird.

Bei aller Problematik des Streiks dürfte es wohl keinen Zweifel geben, daß der Streikende seine Arbeitsleistung (und nicht etwa seine Steuerpflicht o.ä.) verweigert und auch nur diese verweigern kann. Hier liegt der Anknüpfungspunkt für den Streik (141), der mit den allgemeinen Pflichten des Bürgers nichts zu tun hat. Daneben muß auffallen, daß die Systemfunktion des Öffentlich-Rechtlichen offenbar nur in der Subordinationsvariante brauchbar ist (142).

136) Vgl. ISENSEE aaO S. 78 f.; THIEME, Gutachten S. D 70 f.

137) Vgl.o.N 135. Ansätze verschiedenster Art bei DAUBLER aaO, HOFFMANN aaO, RAMM aaO, THIEME aaO, ISENSEE aaO (oben N 114, N 117, N 118). Die damit verbundenen Schwierigkeiten sind bedeutend. Das berechtigt aber nicht, die Fortentwicklung wegen angeblich damit verbundener

Bemerkenswerter scheint hingegen der Versuch ISENSEEs, über eine auf Art. 33 IV GG gestützte "legitime Typisierung des beamtenrechtlichen Streikverbots"¹⁴³⁾ schlüssigere (d.h. funktionsgerechtere) Ergebnisse zu gewinnen.

Auch dieser Versuch hebt jedoch die Schwäche der hergebrachten Grundsätze nicht auf, sondern belegt sie im Gegenteil. Zunächst zeigt ISENSEE, daß die auf den hergebrachten Grundsätzen basierende Rechtfertigung des Streikverbots "nicht über den Rahmen der Institution hinaus" reicht (144), ein erweiterter Ansatz also nötig wird. Diese Erweiterung des Ansatzes will ISENSEE über Art. 33 IV GG erreichen, der als mittelbare Rechtfertigung des beamtenrechtlichen Streikverbots aus der Staatsfunktion herangezogen wird (145). Hierzu ist bereits ausführlich Stellung bezogen worden (146); insbesondere mußte festgestellt werden, daß die auf Art. 33 IV GG errichtete Idealtypik einer stark verzerrten Basis der Verwaltung entspricht und nur unter Heranziehung bestrittener Souveränitätslehren gelingt. Auch wenn man von diesem mangelnden gegenständlichen Bezug auf die Verwaltungsaufgaben¹⁴⁷⁾ einmal absieht, muß doch sehr auffallen, daß ISENSEE auf die ganz herrschende Meinung nicht eingeht, die Art. 33 IV GG entweder selbst als "hergebrachten Grundsatz" auffaßt, oder ihn zumindest in den Einzugsbereich des Art. 33 V

138) Zur "reinen Staatlichkeit" vgl.o. S. 56 ff., 73 ff.

139) HANAU Jus 71,122; QUARITSCH Referat 48.DJT, S. 0 50

140) QUARITSCH ebda.

141) Das ist unbestritten; vgl. die in N 117- N 119 zit. Literatur. Direkte Entgegnung auf die Ausführungen von QUARITSCH: HOFFMANN Diskussion 48.DJT S. 0 86.

142) Vgl. QUARITSCH O 36 f.; ähnl. ISENSEE aaO, S. 85; zutreffend hat THIEME darauf hingewiesen, daß es nach der Interessentheorie keine privatrechtlichen öffentlichen Dienstnehmer mehr geben könne (Gutachten 48. DJT, S. D 13).

143) vgl. ISENSEE, aaO S. 104

144) ISENSEE, S. 73 145) ISENSEE, S. 83 (ff.)

146) Vgl. oben S. 37-49

147) Immerhin wählt ISENSEE als Überschrift für den zweiten Teil seiner Abhandlung die Formulierung : "Rechtfertigung des Streikverbots aus der Verwaltungsaufgabe (funktionelles Streikverbot)" (aaO, S. 73). Als Ergebnis soll dann genügen: "Das beamtenrechtliche Streikverbot bedarf nicht der unmittelbaren Rechtfertigung aus den Sachverhältnissen der jeweiligen Verwaltungsfunktion" (aaO S. 105).

148) Vgl. die Nachweise 24-26 oben S. 37

149) ISENSEE S. 93; vgl. oben S. 95 ff., 170

Fortsetzung der Fußnote auf S. 192: (137) gesteigerter Rechtsunsicherheit (HANAU aaO) abzuschreiben. Die Fortentwicklung soll vor allem den bereits angesprochenen Bruch zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit (oben S. 41) mildern helfen, dient also auch der Rechtssicherheit.

stellt (148). ISENSEE schreckt - verständlicherweise - davor zurück, sich im "Irrgarten der Zufallskasuistik" zu verlaufen (149), d.h. aber, sich mit den durch die Retrospektivität der hergebrachten Grundsätze entstehenden Problemen auseinanderzusetzen. Diese "grundsätzlichen Einwände" brauchen - nach ISENSEE - "nicht erörtert zu werden" (150). Das energische Beiseiterücken der "hergebrachten Grundsätze" ist gemeinsames Kennzeichen der streikfeindlichen wie der streikfreundlichen Literatur. Art. 33 Abs. 5 GG ist zu schwach, um die Diskussion noch wesentlich beeinflussen zu können. An Zufall können wir auch hier nicht glauben.

Eine Wirkung zeichnet die hergebrachten Grundsätze auch im Bereich des Streikrechts noch aus: sie blockieren die Entwicklung, da sie eine Lücke hinterlassen, die z. Zt. noch nicht durch entsprechend ausgebildete Verfassungsstrukturen ausgefüllt werden kann. Diese späte Folge der allzulangen Fixierung auf Status¹⁵¹⁾ und verwaltungsspezifisches Allgemeinwohl verstellt den Weg zum Einbau der Verwaltung in den demokratischen Führungskreislauf des GG.

Die Lösung gesellschaftlicher Probleme liegt auf einer anderen Ebene als der einer zufälligen Einordnung in einen "Status", der Bewertungs- und Einordnungsschwankungen unterliegt (152). Nicht das interne Dienstrecht kann den externen Aufgabenkreis bestimmen (153), sondern die Dienststellung muß der externen Aufgabe angemessen sei. Dabei wären in Zukunft Differenzierungen vorzunehmen, die auch im Innenbereich des "besonderen Gewaltverhältnisses" die Erforderlichkeitsbindung anerkennen (154), dies jedoch nicht isoliert, sondern im ständigen Bezug zur Sozialpflichtigkeit der Verwaltung (155). Hieraus ergäben sich zwar (ungewohnte) Veränderungen (156), nicht aber atomisierte Funktionen (157) oder kombinierte Systemvorteile (158).

150) ISENSEE aaO S. 92, der sich auf eine Bemerkung des Abgeordneten REIF im Parlamentarischen Rat bezieht (JÖR n.F. 1, 319).

151) Vgl. LUHMANN ZRP 71, 49 ff.

152) Vgl. RGZ 12,70 (privatrechtlich); aA RGZ 131,87 (öffentlich-rechtlich); THIEME Gutachten 48. DJT S. D 60; oben S. 172 und dort N 11.

153) Dazu führt (auch) ISENSEEs Ansicht, der die typisierte "Aufgabe" (tatsächlich aber das staatliche "Gewaltmonopol", S. 93) untersucht, um darauf die "funktionelle Legitimation" (?) des "Beamtenstatus als rechtliche Ganzheit" (aaO S. 84) zu gründen.

154) Dies geschieht z.T. bereits in der Rspr. des BVerfG, vgl. o. S. 145 f. (N 273 f.). Vgl. auch oben S. 183 (N 78) und S. 184 (dort auch N 89); Die "unerläßliche Einheit des Beamtentums" (ISENSEE aaO S. 105) ist kein Argument (vgl. o. S. 34 f.); der Hinweis auf LERCHE (ISENSEE S. 105 FN 2) vernachlässigt die Rspr. des BVerfG.

Ein letztes Wort zum sog. politischen Streikverbot der Beamten. Hier ist an sich wenig von "hergebrachten Grundsätzen" die Rede, soll doch vor allem an den Staatszielbestimmungen des GG Maß genommen werden.

Dabei eröffnet sich ein weites Feld für die mythologische Schule (159). Ferner findet sich das Argument, daß der beamtenrechtliche Vorbehalt der Legislative aus der Rechtsstaatlichkeit legitimiert werde (160), - was sehr zu bezweifeln ist (161). Schließlich wird die mögliche "Klassenherrschaft der Staatsdiener, die sich zu Staatsherren aufwerfen" (162) angesprochen. Diese Gefahr ist uns im "Verwaltungsstaat" oder "Beamtenstaat" bereits begegnet - hier bestand keine Möglichkeit demokratischer Einflußnahme auf ein Beamtentum, das glaubte, "die Demokratie verwalten zu können wie einen preußischen Landkreis" (163). In einer funktionierenden Demokratie besteht diese Gefahr wohl kaum, und unangemessenen Forderungen der öffentlichen Bediensteten ließe sich auf demokratischem Wege entgegenreten (164). Schließlich ließe sich - auch auf demokratischem Wege - eine Umstrukturierung der Verwaltung erreichen, die keine kombinierten Systemvorteile mit sich bringt; der Automatismus gleichmäßigen Zuwachses der Einkommen aller Beamtenkategorien würde abgelöst durch gezielte Aufwertung einzelner öffentlicher Berufe und - so utopisch es klingen mag - gezielte Abwertung anderer öffentlicher Berufe. Dies leitet über zum nächsten Problemkreis, der, insofern entsprechend zum Abschnitt zur Öffentlichkeit der Verwaltung (165), über die aktuelle Kritik hinausgeht.

155) Vgl. oben S. 24 ff.

156) Vgl. unten S. 197 ff.

157) Vgl. ISENSEE aaO, S. 84; anzumerken wäre immerhin, daß sich das Arbeitsrecht mit seiner eher individualisierenden Sicht als durchaus lebensfähig erweist.

158) Dagegen zu Recht ISENSEE, aaO, S. 72.

159) Vgl. oben S. 188 und dort N 108; ausführliche Kritik bei ISENSEE aaO S. 108-110 m.N.; vgl. auch DAUBLER aaO (N 117)

160) ISENSEE aaO S. 117; noch schärfer LEISNER, Grundlagen, S. 26 und 44

161) Vgl. oben S. 111; ferner HOFFMANN AöR 91, 173 f.; DAUBLER aaO S. 165 f.; RAMM, aaO S. 140 f.

162) ISENSEE; aaO S. 120

163) KIMMINICH, Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 475; vgl. im übrigen oben S. 122 ff. zur heutigen Verfassungslage.

164) Isbs. im Beamtenrecht, wo auf (verfassungs-)rechtlichem Wege eine Kombinierung der "Systemvorteile" ausgeschlossen werden könnte. Nicht zu vernachlässigen ist auch die Rolle der Gewerkschaften, die bislang Augenmaß bewiesen haben.

165) Vgl. oben S. 158, 164 ff., mit entsprechender Begründung.

(4) Das Laufbahnprinzip in der Kritik

Einen Teil der am hergebrachten Laufbahnprinzip ansetzenden Kritik haben wir bereits geschildert (166). Dort hatte der immer stärker werdende "Ruf nach dem Leistungsprinzip" (167) bereits seinen Anteil am Abbau des Laufbahnprinzips geleistet. Während der ganze Bereich des "Leistungsprinzips" mit größter Skepsis betrachtet werden muß, setzt die Kritik an anderer Stelle mit voller Berechtigung an:

Es handelt sich um die Zusammenhänge zwischen Laufbahnwesen einerseits, Auswahl, Ausbildung und Fortbildung andererseits. Das Laufbahnwesen lebt von der Fiktion, daß mit dem Bestehen der Laufbahnprüfung die "Befähigung für die Laufbahn" (vgl. § 5 BLV) erworben werde. Der Gegensatz hierzu wäre die Eignung für einen (bestimmten) Dienstposten¹⁶⁸⁾. Im höheren Dienst tritt die weitere Fiktion hinzu, daß

" der Beruf des Verwaltungsbeamten weitgehend mit dem des Richters, des Rechtsanwalts und Wirtschaftsjuristen identisch sei" (169).

Kritik an diesen beiden Fiktionen ist angesichts des Aufgabenbereichs der Verwaltung wiederholt geübt worden¹⁷⁰⁾. Nicht von Interesse sind diejenigen Kritikansätze, die den Gegensatz zwischen privatwirtschaftlicher Leistungsfähigkeit und Bürokratie bemühen und sich von einer Übernahme privater Management Modelle Remedur versprechen¹⁷¹⁾. Die öffentliche Verwaltung ist nun mal kein auf Gewinnerzielung ausgerichteter Wirtschaftsbetrieb¹⁷²⁾. Umso ernster sind aber Versuche einer "Umstülpung" von Qualifikations- und Anerkennungshierarchien zu nehmen, wenn dabei Sozialpflichtigkeit und Ermöglichung der Selbststeuerung im Vordergrund stehen¹⁷³⁾.

166) Oben S. 178 f.

167) Kritisch z.B. SCHICK JZ 70, 449 (450 f.) ; auch LEISNER will eine "menschliche Note" ins Spiel bringen (Grundlagen S. 73), verurteilt aber pauschal "Feinde des Leistungsprinzips", die er bei den "Extrem-Links-Reformer(n)" vermutet (aaO S. 72).

168) Vgl. THIENE, Der öffentliche Dienst, S. 47; zum Laufbahnprinzip hergebrachter Ausprägung vgl. noch THIELE und LOSCHOLDER, in: LOSCHOLDER-RÖBLER, Auslese und Ausbildung der Beamten (1961), S. 43 ff., 119 ff.

Ansätze hierzu gibt es bereits; der erbitterte Kampf um Beibehaltung oder Wegfall von Titeln ("Amtsbezeichnungen") (174), der eher marginale Bedeutung haben sollte, zeigt jedoch die Hindernisse einer solchen Umstülpung in aller Deutlichkeit. Schwierigkeiten gibt es auch bei der Verwirklichung der Idee der "Einheitslaufbahn" im Polizeivollzugsdienst (175). In der Praxis werden im Polizeivollzugsdienst bei weitem weniger Planstellen für besser bewertete Dienstposten - vergleichbar dem Gehobenen und Höheren Dienst - ausgewiesen als in der allgemeinen Verwaltung (176). Es erfolgt keine Umwertung, sondern eine Unterbewertung des Publikumsbezugs und eine Überbewertung des Einstiegserfordernisses (z.B. Hochschulbildung); die angebliche "typisierte Leistungsvermutung" des Laufbahnprinzips (177) stellt nicht auf die Bedürfnisse der Bevölkerung, sondern fast ausschließlich auf die hierarchische Stellung innerhalb der Verwaltung ab. Der mangelnde Bezug zur Primäraufgabe der Verwaltung (178) läßt die geltenden Laufbahnen (mit ihrem Beförderungsaufwärtismus) als kostspielige Sozialeinrichtung empfinden, was im Mißtrauen der Bevölkerung zum Ausdruck kommt. Es ist keinesfalls von Verfassungs wegen geboten, daß z.B. Sozialarbeiter, Bewährungshelfer, im Berufs- und Bildungssektor Beschäftigte, Polizisten usw. "weniger Bildung, niedrigeres Prestige sowie geringere Bezahlung als die hierarchisch Höherstehenden, ohne Publikumsbezug, aufweisen" (179). Bezeichnenderweise ist aber kein Modell einer analytischen Dienstpostenbewertung bekannt, bei dem "Hilfe zur Selbstbestimmung" bewertungserheblich würde. In der Regel wird im Gegenteil auf die "Verbindlichkeit des Handelns" abgestellt (180). Diese Bewertung perpetuiert nicht nur die vorgegebene - und weitgehend rechtsfreie - Hierarchie; sie zeitigt auch Außenwirkungen, die zu einer - gerade von konservativen Kritikern oft beklagten - totalen Abhängigkeit des Staatsbürgers vom "Staat" führen können.

- 169) THIEME, Gutachten 48. DJT S. D 53 m.N., der sich gegen diese Fiktion wendet; vgl. die Reformvorschläge von LORENZ, Modell einer Universitäts-Verwaltungsschule, in: Konstanzer Blätter 23 (1969), S. 34 ff.
- 170) vgl. zum Aufgabenbereich oben S. 14-31; Kritik bei THIEME aaO und LORENZ aaO (N 169); THIEME, Verwaltungslehre (1967), Rd. 679 ff.; ausführlich Loccummer Protokolle 3/1969 mit zahlr. Beiträgen u. Nachweisen.
- 171) Vgl. schon oben S. 81 ff.; dazu auch ALBROW, Bürokratie, S. 23, 95 ff., der hierin das "Standardelement aller Werke konservativer Ideologen des zwanzigsten Jahrhunderts" erblickt.
- 172) Vgl. oben S. 24 ff.; zutreffend die Ausführungen von LEISNER, in: Mitbestimmung, S. 71 ff.
- 173) Vgl. oben S. 24 ff., 122 ff. sowie LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, S. 136 f.
- 174) Vgl. QUARITSCH, Pläne zur Änderung, S. 40 f.
- 175) Vgl. Art. 191 BayBG u. VO über d. Laufbahnen der bay. Polizeivollzugsbeamten v. 11.9.65 (GVBl. 300) u. And. VO v. 7.2.1972 (GVBl. 43) 176) Vgl. Der SPIEGEL Nr. 6/73, S. 51. 177) So die Bezeichnung der Laufbahnen durch QUARITSCH (48. DJT S. O 57); ähnl. LEISNER, Grundlagen S. 71 178) Oben S. 17 ff.

Daß ein dringender Mangel am publikumsbezogenen Typus des Beamten besteht, zeigen nicht nur die Schwierigkeiten der Behörden bei der Anwerbung - hier geht man bei den Ausschreibungen auch immer mehr zur konkreten Beschreibung des vakanten Postens über -, sondern auch die zunehmende Bildung von Selbsthilfeorganisationen auf Gebieten, wo die Verwaltung mit ~~den~~ den auf sie zukommenden Problemen nicht zurecht gekommen ist (181). Das Problem der Verwaltung liegt hier in der Schaffung (auch materieller, aber vor allem sozialer) Anreize, die nicht den hierarchisch Vorgesetzten oder den technischen Spezialisten - wie bisher - belohnen, sondern einen "Erdrutsch" im Gefüge der Verwaltung zur Folge haben müßte. Schon aus allgemeinen verfassungsrechtlichen Erwägungen (Vorrang der demokratischen Fremdsteuerung der Verwaltung) dürfte eine solche Umstrukturierung nicht durch das Eigeninteresse der Verwaltung an "Reibungslosigkeit" blockiert werden (182).

Die zahlreichen Vorschläge, die zur Ablösung des Laufbahnprinzips gemacht wurden¹⁸³⁾, sollten mehr von diesen - aus der Stellung der Verwaltung in der Verfassungsordnung ableitbaren - Voraussetzungen ausgehen, als von einer weiteren Aufgliederung der "Einstiegsstellen"¹⁸⁴⁾. Weil Laufbahnen eben bis dato keine typisierten Leistungsvermutungen sind, nutzt auch die Schaffung einer neuen, zusätzlichen Laufbahn nichts.

Laufbahnen sind eher Ausdruck einer, beamtenrechtlichen Tradition entstammender, standesmäßigen Schichtung. Die angebliche Gemeinsamkeit zwischen Boten und Ministerialdirektor (185) besteht nur in der Phantasie. Der Zugang zu den Laufbahnen ist zwar demokratisiert (Art. 33 II GG); weder drückt sich aber die Wichtigkeit des Postens für die Bevölkerung in der Besoldung aus, noch hat - bis auf einen kleinen Bildungsadel, der sich überwiegend aus gleicher oder ähnlicher Schicht rekrutiert - der Durchschnittsbeamte die Möglichkeit sozialen Aufstiegs, wie es einst für das Beamtentum kennzeichnend war (186).

179) LORENZ, Verwaltung in der Demokratie, S. 136

180) Vgl. das Modell der Freien Hansestadt Hamburg von 1966, abgedruckt bei KUBIN, Dienstpostenbewertung, S. 115 ff., 117.

181) Zu denken ist besonders an die "Randgruppen", -zu denen in gewisser Weise auch die Kinder zu rechnen sind, denen eine machtvolle Interessenvertretung fehlt. Die im Modell durch die Staatsbürger-Eltern wahrgenommene Interessenvertretung funktioniert wegen der Abkapselungstendenzen der öffentlichen Verwaltung (oben S. 122 ff.) nur ungenügend.

182) Dieses Eigeninteresse kommt in einem Diskussionsbeitrag zum 48. DJT (Dr. SCHAFER O 107 f.) deutlich zum Ausdruck, wenn dort das Laufbahnprinzip wegen des mit Neuregelungen verbundenen "großen Verwaltungsaufwandes" bejaht wird.

(5) Zusammenfassung

Die Kritik an den "hergebrachten Grundsätzen" hat sich in den letzten zwanzig Jahren etabliert und damit die Schwäche der untersuchten Verfassungsnorm durchgängig bestätigt.

Die Kritik hat dieses Ergebnis herbeigeführt, ohne in sich geschlossen zu sein: Tendenzen der "Verrechtlichung" und einer oft vagen "Leistungssteigerung" überschneiden sich oder stehen sogar teilweise im Gegensatz zueinander. Während sich beide Tendenzen bis weit in die 60er Jahre noch als eine im Rahmen des Art. 33 Abs. 5 GG bleibende Interpretation verstanden, ist dies heute nicht mehr haltbar. Die grundsätzliche Kritik am "besonderen Gewaltverhältnis" hat die Widersprüche zwischen Art. 33 Abs. 5 und den unbestrittenen - wenn auch nicht genügend geklärten¹⁸⁷⁾ - Staatszielbestimmungen (isbs. Rechtsstaat, Sozialstaat, Demokratie)¹⁸⁸⁾ aufgedeckt. Kritik und Verteidigung stehen in einem "Patt". Die Verteidigung hat eine "Systemfunktion" anzubieten, die Kritik erst schwache Ansätze in Richtung auf einen Einbau der Verwaltung in die Verfassung. Die "Systemfunktion" wird in zunehmenden Maße - es gibt bereits mehr Arbeitnehmer als Beamte im öffentlichen Dienst - zur Desintegration; ein neues "System" ist noch nicht gefunden, will man nicht dem Abbau der Vorschrift als solchem Systemfunktion zubilligen.

183) z.B. SCHÄFER 48. DJT S. 0 17 f., THIEME, Gutachten S. D 26 ff., DGB in: DDB 69, 203

184) Hierhin gehört das Projekt von Inneminister GENSCHER, für die Fachhauptschulabsolventen eine neue Laufbahn zu schaffen (Bulletin vom 11.1.1973, Funktion und Bedeutung des öffentlichen Dienstes in der modernen Industriegesellschaft", S. 21 ff., 24 f.). Damit wird die angebliche "Reform" zur Nachhut einer mühsamen Bildungsreform.

185) LEISNER, Grundlagen S. 24; vgl. dazu schon oben S.34 f.

186) Vgl. für die konstitutionelle Epoche oben S. 52 m.N.

187) Insofern zutreffend BENDA, Diskussion 48. DJT, S. 0 89 f.

188) Programmatisch im Ansatz: THIEME, Gutachten 48. DJT, S. D 23 ff.; -vgl. den Aufbau dieser Arbeit (oben S. 95 - S. 169).

Angesichts der nach wie vor als verfassungskräftig bezeichneten Norm entsteht die erwähnte Sperrwirkung ("Patt"); diese Sperrwirkung wirkt sich entscheidend nur noch in Fragen der Tarifautonomie und des Streikrechts aus.

Die Zuspitzung dieses Verfassungskonflikts auf die Fragen der Tarifautonomie und des Streikrechts verhindert gleichzeitig eine gründlichere Bestimmung des Standorts der Verwaltung in der Deomkratie. Insofern setzt die Kritik im Bereich der verfassungsrechtlichen Grundlagen paradoxerweise die Tradition des Art. 33 Abs. 5 GG fort: die öffentliche Verwaltung wird zwar aus der "Beamtenstaatlichkeit" entlassen, nicht aber in die Demokratie eingebaut. Stattdessen bleibt das Interesse auf dem Status des Beamten bzw. seiner Umformung zu einem "besonderen Arbeitsverhältnis" liegen¹⁸⁹⁾.

189) Vgl. RAMM, 48. DJT S. 0 64; insofern berechtigt die Kritik von QUARITSCH (ebda. S. 0 169 f.), der seinerseits allerdings auch nur die "Systemfunktion" anzubieten hat.

II. VERFASSUNGSSTRUKTURELLE DIVERGENZEN

- (1) Die Loslösung vom "Statusproblem" und die Schwierigkeiten verfassungsrechtlicher Bewertung struktureller Divergenzen.

LUHMANN hat mit Recht darauf hingewiesen, daß die Konzentrierung der Kritik und Reformdiskussion auf das "Statusproblem" die Möglichkeit gebe, "ein politisches Problem mit Hilfe von Juristen als Reformproblem darzustellen" (190). Im Verlaufe der Arbeit ist aber deutlich geworden, daß auch die verfassungsrechtliche Hauptproblematik zum großen Teil "neben" dem Statusproblem liegt. Der daraufhin erweiterte Ansatz führte zu einer verfassungsstrukturellen Analyse. Auch eine solche Analyse, die sich um Loslösung vom Statusproblem bemüht, kommt nicht ohne die am Beamtenverhältnis orientierte Kritik aus; erst diese Kritik hat es nämlich ermöglicht, bestimmte umfassendere Strukturen der jetzt abschließend zu bewertenden Norm zu erkennen. Dieser abschließenden Bewertung (191) stehen aber erhebliche Schwierigkeiten im Wege, wie anhand verschiedener Beispiele zu zeigen sein wird.

- (a) Die Auslegungsgeschichte als Indiz für eine strukturelle Divergenz.

Art. 33 Abs. 5 stand von Beginn an unter dem "Abwägungsvorbehalt" zwischen überlieferten Wesenszügen des Beamtentums einerseits, ihrer Einordnung "in den gegenwärtigen deutschen Staat als freiheitlich-demokratisches, rechtsstaatliches und föderatives Gemeinwesen" andererseits¹⁹²⁾.

Es wurde bereits darauf hingewiesen (193), daß es sich bei diesem Abwägungsvorbehalt nicht um die Frage auslegungsleitender Wirkung anderer Verfassungsprinzipien handelte, sondern - durchaus ungewöhnlich - um die Frage der Vereinbarkeit mit anderen Verfassungsnormen (194). Im IV. Kapitel bestätigte sich unter Heranziehung der Auslegungsgeschichte, daß eine auslegungsleitende Wirkung anderer Verfassungsnormen nur in seltenen Ausnahmefällen zu einer Verstärkung der Norm führte. In der Regel führte vielmehr eine sogenannte Fortentwicklung der hergebrachten Grundsätze zu einer eindeutigen Schwächung der Norm.

190) LUHMANN ZRP 71,49,51

191) Die keinen Schlußpunkt setzen möchte

192) So bereits GREWE, Verhandlungen 39. DJT, S. D 29; jetzt (z.B.) ISENSEE, Beamtenstreik S. 108

193) Oben S. 7 ff. 194) Kategorien: vgl. Prinzipien der Verfassungsinterpretation VVDStRL 20 (1963); MERCHE aaO,63.

Es wurde versucht, diesen Prozeß fortdauernder und wachsender Schwächung der Norm mit der Kategorie der Retrospektivität plausibel zu machen¹⁹⁵⁾. Das Bemühen um "verfassungskonforme Auslegung" - deren Zusammenhang mit der Nichtigerklärung PESTALOZZA kürzlich anschaulich gemacht hat¹⁹⁶⁾ - führt im besonderen Fall des retrospektiven Art. 33 Abs. 5 dazu, daß seine Direktivwirkung in weiten Bereichen entfällt.

Man könnte sich nun mit dieser Feststellung zufrieden geben und den Art. 33 Abs.5 jener Kategorie schwächerer Verfassungsbestimmungen zuschlagen, deren Existenz ja seit langem bekannt ist¹⁹⁷⁾. Eine solche Lösung wäre aber höchst unbefriedigend, weil sie das entscheidende Problem umgeht: der Abbau der Direktivwirkung des Art. 33 Abs.5 ist nicht verknüpft mit einer dementsprechend verstärkten Direktivwirkung anderer Verfassungsnormen. Zwar sind die "stärkeren" Normen, isbs. die Staatszielbestimmungen, bekannt; sie haben aber im Bereich der Verwaltung (noch?) nicht jenen Grad an Ausprägung erlangt, der eine neue Direktive erst ermöglichte. Stattdessen tritt ein "verfassungsrechtliches Vakuum" ein, das einen gefährlichen "stillen" Verfassungswandel ermöglichen könnte.

Erste Gefahrenanzeichen mußten wir bereits bei der bedenkenlosen Übernahme technokratischer Vorstellungen im Bereich der Verwaltung konstatieren.

Die Situation wird noch kritischer, wenn man die Lage des BVerfG bedenkt: das Gericht - das ja letztlich den Umfang der hergebrachten Grundsätze bestimmt¹⁹⁸⁾ - wird zwar durch den fortschreitenden Abbau des Art. 33 Abs. 5 dazu veranlaßt, mit dessen Heranziehung immer sparsamer zu verfahren¹⁹⁹⁾.

195) Vgl. oben S. 97 ff.

196) PESTALOZZA, Die Geltung verfassungswidriger Gesetze, AöR 96 (1971), S. 27 (isbs. 52 f.).

197) MAUNZ, Starke und schwache Normen in der Verfassung, in: Festschrift für LAFORET (1952), S. 141 ff.

198) Vgl. M-D-H Art. 33 Rd. 61

199) Deutlich illustriert am Beispiel der Richterbesoldung (BVerfGE 12,326,344 einerseits - BVerfGE 26,100,115; 163,173 andererseits).

Eine Durchbrechung der lähmenden Sperrwirkung der Retrospektivität ist ihm jedoch untersagt; bezeichnenderweise ist denn auch nur dort von "grundsätzliche(n) Änderungen und Neuregelungen" die Rede, wo das Gericht nach richtiger Ansicht²⁰⁰⁾ ohnehin den Art. 33 Abs. 5 nicht heranziehen dürfte, nämlich bei der Richterbesoldung²⁰¹⁾.

Angesichts der Bedeutung der öffentlichen Verwaltung für eine demokratische Gesellschaft muß ein solches Vakuum als gefährlicher eingestuft werden als ein - wenn auch äußerst scharfer - Wertwiderspruch. Der völlig zurückgedrängte verfassungsrechtliche Hintergrund ermöglicht Dispute über verschwommene Begriffe wie "Leistungsfähigkeit" und läßt auch sonst erträglich erscheinende verfassungsrechtliche Streitfragen²⁰²⁾ in der Luft hängen.

Verfehlt wäre es indes - wie bereits erwähnt - die "Schuld" an jener Aushöhlung den Interpreten (also der "Auslegungsgeschichte") zu geben. Vielmehr ist die Struktur des Art. 33 Abs. 5 - und das beweisen gerade die vergeblichen Bemühungen um "verfassungskonforme Auslegung" - durchaus entwicklungsfeindlich.

Ausnahmen waren dort festzustellen, wo die hergebrachten Grundsätze eine Gleichstellung der Beamten mit anderen Bürgern beabsichtigten; hingegen bewegen sich einstmals vorbildliche Errungenschaften des Beamtenrechts (Rechtsschutz, Versorgung o.ä.) bereits weitgehend in einer Grauzone des Unzweckmäßigen (203). Es scheint nur mehr eine Frage der Zeit, bis sich auch diese Inhalte des Art. 33 Abs. 5 vom Ausbau sozialstaatlicher Einrichtungen überrollt sehen (204).

Die ideologische Basis des Berufsbeamtentums, die im Wege der "Leitbilderhebung" einen wesentlichen Bestandteil des Art. 33 Abs. 5 ausmachen sollte, ist in keinem wesentlichen Punkte mehr intakt (205).

Zur weiteren Illustration dieses "Dilemmas der Retrospektivität" seien noch zwei Beispiele mit Grundrechtsbezug herangezogen.

200) Vgl. ausführlich oben S. 3-6 m.N.

201) Vgl. BVerfGE 26, 141, 157.

202) Wie z.B. die Frage der Verfassungsmäßigkeit oder -widrigkeit des Alimentationsprinzips; vgl. SCHÄFER Referat 48. DJT S. 0 18 ff.

203) Vgl. z.B. HEUBECK, Entwicklung der Beamtenpensionen im Vergleich zu anderen Arten der Alters- und Hinterbliebenenversorgung (1970).

204) Für einen Teilbereich vgl. RUPP-v. ZEJSCHWITZ-v. OLSHAUSEN Zur Ungleichheit in der Einkommensbesteuerung der Versorgungsbezüge und Sozialrenten (Rechtsgutachten 1970).

205) Vgl. III. Kapitel

(b) Berufsfreiheit und Leitbilderhebung

Mit dieser etwas am Rande liegenden Problematik verbindet sich die Hoffnung weiterer Klärung der Retrospektivität. Während im Umkreis der nicht staatlich vorbehaltenen Berufe die Frage eine große Rolle spielt, inwieweit der Gesetzgeber berechtigt sei, "Berufsbilder" zu fixieren (206), ist dies beim durchgängig normierten Beamtenberuf begreiflicherweise nicht der Fall. Dennoch entsteht hier ein Problem, das sich weniger auf die Gesetzgebungsbefugnis als vielmehr auf die "Leitbilderhebung" bezieht (207). Zitiert sind vorwiegend Entscheidungen des BVerfG; da das Problem bislang nicht erfaßt ist, handelt es sich meist um obiter dicta.

Es können hier nur Strukturen aufgezeigt werden²⁰⁸⁾: wesentliches "Strukturprinzip" des Art. 33 Abs. 5 GG ist es, ein Berufsbild vom Beamten zu vermitteln und dieses traditionelle Berufsbild zum Leitbild zu erheben²⁰⁹⁾. Seit dem Apotheken-Urteil²¹⁰⁾ ist andererseits grundsätzlich anerkannt, daß der Begriff des Berufes iSd Art. 12, I, 1 GG die staatlich gebundenen Berufe mitumfaßt und, daß "Berufsbilder" veränderungs- und entwicklungsfähig sind. Die späteren Einschränkungen dieser Rechtsprechung durch das Gericht selbst²¹¹⁾ können nicht so verstanden werden, als ob ein Zweifel an dieser Veränderungs- und Entwicklungsfähigkeit gehegt würde. Vielmehr hat das BVerfG erst kürzlich festgestellt, daß das "Grundrecht der Berufsfreiheit...im hohen Maße 'zukunftsgerichtet'" sei²¹²⁾

Zwar hat das Gericht das Wort "zukunftsgerichtet" nur in Parenthese und im Zusammenhang mit der freien Entfaltung der Persönlichkeit verwendet. Dennoch stellt sich die Frage, inwieweit ein explizit traditionelles Berufsbild dieser Zukunftsgerichtetheit einmal Genüge tun könnte, zum zweiten aber geeignet erscheint, als fixiertes Leitbild (also als Modell) die weitere Entwicklung überdauern - und bestimmen - zu können.

206) Vgl. nur BVerfGE 21, 173, 180 f.

207) Vgl. bereits oben S. 71 N 228

208) Isbs. muß auf eine Analyse der Grenzen der Berufsfreiheit im einzelnen verzichtet werden.

209) Vgl. oben S. 33 ff. 210) BVerfGE 7, 377, 397

211) Z.B. BVerfGE 17, 371 (377, 380).

212) BVerfG B.v.16.3.1971 = E 30,336= NJW 71,1255,1260

Wäre Rechtswissenschaft tatsächlich mit den Kategorien des "Vernünftigen" und des "Unvernünftigen" (213) betreibbar, müßte man zweifellos die Festschreibung eines Berufsbildes - gleichgültig ob es sich um einen öffentlichen oder privaten Beruf handelte, als "unvernünftig" einstufen, umso mehr, wenn sich die Festschreibung an irrationalen Gehalten des Berufsbildes ausrichtet. Rechtliche Relevanz hätte diese "Unvernünftigkeit" aber wohl erst in extremen Fällen, so z.B. bei der Verpflichtung von Ärzten auf ein Berufsbild à la Mediziner.

Das BVerfG hat im allgemeinen die Grenze der Befugnis des Gesetzgebers, Berufsbilder (nicht: Leitbilder) zu fixieren, dort gezogen, wo die zu schützenden öffentlichen Interessen dem entgegenstünden²¹⁴⁾. Für den "öffentlichen" Beruf des Beamten, der sich ständig den verwirklichten oder noch zu verwirklichenden Staatszielbestimmungen anpassen muß, müßte dies erst recht gelten. Insofern besteht ein struktureller Bruch zwischen einer so zu typisierenden Berufsfreiheit und Leitbilderhebung. Der Verwaltungsberuf mit seinen ständig wechselnden Aufgaben ist denkbar schlecht für eine Festschreibung geeignet. Die Regelungskompetenz des (Verfassungs-) Gesetzgebers für den Beamtenberuf soll zwar einen bestimmbaren Kreis von Funktionen²¹⁵⁾ aus möglichem privatwirtschaftlichen Wildwuchs herausnehmen und ihn in den Führungskreislauf des GG einbauen; dieser Einbau kann aber nur gelingen, wenn die Berufsbilder entwicklungsfähig bleiben und sich nicht einem traditionellen Leitbild anpassen müssen. Hierbei würde es sich nicht nur um eine "Konzession" an die Entfaltungsbedürfnisse der Beamten handeln²¹⁶⁾, sondern in erster Linie um eine - von der Verfassungsstruktur der Aufgabengebiete der Verwaltung geforderte²¹⁷⁾ - strukturelle Harmonisierung. Die erkannte desintegrierende Wirkung eines an einer nicht mehr "stimmenden" Tradition orientierten Beamten-

213) So QUARITSCH 48. DJT S. 0 169

214) Vgl. BVerfGE 21, 173, 180f.; daneben spielt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine entscheidende Rolle.

215) Dieser Kreis kann aber nicht mehr aus den "hoheitsrechtlichen Befugnissen" gewonnen werden, vgl.o.S. 37-49

216) Den Zusammenhang zwischen Berufsfreiheit und freier Entfaltung der Persönlichkeit verdeutlichen BVerfGE aaO (N 212), E 1,264,274; 19,330, 336 f.

217) Vgl. oben S. 17-31; 122 ff.; 164 ff.

berufsbildes könnte dadurch aufgefangen werden.

Die Konsequenzen dieser Auffassung wären im Hinblick auf die Reformdiskussion etwas überraschend: ein "Einheitsdienstrecht" scheint danach nur sehr begrenzt realisierbar. Insoweit ein Einheitsdienstrecht den Versuch unternähme, ein einheitliches - wenn auch "modernisiertes" - Berufsbild aller Verwaltungsangehöriger oder aller Beamter zu schaffen, würde es über kurz oder lang eine ähnlich desorganisierende Wirkung entfalten wie jetzt Art. 33 Abs. 5 GG. Der mit meiner Auffassung verbundene Abschied von der Illusion eines einheitlichen Berufsbildes (218) ist nicht mit einer "Atomisierung" des Rechts verbunden; zu fragen wäre eher, ob nicht der Verzicht auf gesetzliche Ausdetaillierung z.B. des "Dienst- und Treueverhältnisses" den Vorzug besserer Überschaubarkeit für sich buchen könnte. Durch die Loslösung vom leidigen Statusproblem wäre auch der Weg frei zu einer gesetzlichen (nicht: verwaltungs-internen!) Regelung des Verhältnisses zwischen Verwaltenden und Verwalteten. Das Fehlen einer solchen - überschaubaren - Regelung dürfte eine wesentliche Ursache für das dem Beamten von der Bevölkerung entgegengebrachte Mißtrauen sein (219). Der Hinweis auf die Rechtsstaatlichkeit der Verwaltung bietet hierfür keinen Ersatz.

Daß die von Art. 33 Abs. 5 vorgezeichnete Richtung nicht "stimmt", sich also zunehmend von anderen Verfassungsstrukturen entfernt, soll die folgende Untersuchung des Verhältnisses von Art. 14 GG zu Art. 33 Abs. 5 GG erneut verdeutlichen. Dabei wird die konstatierte Gegenläufigkeit - im Unterschied zur obigen Untersuchung - auch im "internen" juristischen, nämlich im sogenannten dogmatischen Bereich deutlich.

- (c) Dogmatische Verirrungen und ihre Ursachen; das Verhältnis von Art. 14 GG zu den "hergebrachten Grundsätzen".

THIEME hat in seiner 1961 erschienenen Arbeit "Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes" die damals herrschende Ansicht über Art. 33 Abs. 5 wiedergegeben (220), - allerdings mit zwei bemerkenswerten Ausnahmen: zum einen hat er die Angestellten in Art. 33 Abs. 5 miteinbezogen (221), zum andern ging er davon aus, daß Art. 33 Abs. 5 keine subjektiven Rechte gewähre (222).

- 218) Nicht zu bestreiten ist hingegen, daß alle Verwaltungsangehörigen (sogar im doppelten Sinne) abhängige Arbeit leisten (müssen).
219) Vgl. z.B. HOFSTÄTTER-TACKE, Das Bild des Beamten in der Öffentlichkeit (1963).
220) U.zw. auf achtzig Seiten - Illustration der seitdem eingetretenen Aufsplitterungen.
221) THIEME aaO, S. 35 ff. 222) THIEME aaO, S. 65 ff. m. Nachweisen, isbs. S. 68 FN 10.

Die Gegenmeinung hat sich bedauerlicherweise in beiden Punkten durchgesetzt. Das Bedauern gilt nicht so sehr einer etwa besseren Argumentation THIEMES, sondern den desolaten Folgen der Gegenmeinung. Hier liegt die Wurzel für den Kampf um den Status und der Vernachlässigung der Aufgabe eines Einbaus der Verwaltung in die Verfassung. THIEME hatte die Gefahr einer uferlosen Aufsplitterung wohl erkannt, wenn auch seine damalige Argumentation mit dem Gesichtspunkt der - Beamten und Angestellten gemeinsamen - "Repräsentation" (223) unzutreffend war (224). Einige seiner eher beiläufigen Bemerkungen (225) lassen aber den Schluß zu, daß es ihm auch darum ging, im Wege der nach außen gewendeten Norm eine schon erkannte desintegrative Tendenz aufzufangen. Daß sein Versuch, der aus den hergebrachten Ansätzen entwickelten Funktion der Exekutive "unmittelbaren Integrationscharakter" zuzusprechen (226), mißlingen mußte, ist ein Stück auch persönlich dokumentierbarer (227) Auslegungsgeschichte.

Das BVerfG hat sich begreiflicherweise²²⁸⁾ der These vom rein institutionellen Gehalt des Art. 33 Abs. 5 nicht anschließen können und bejaht (nach anfänglichem Zögern) in ständiger Rechtsprechung, daß Art. 33 Abs. 5 dem Beamten unter bestimmten Voraussetzungen ein "grundrechtsähnliches Individualrecht" gebe²²⁹⁾. Ein solches grundrechtsähnliches Individualrecht habe der Beamte isbs. im Hinblick auf seine vermögensrechtlichen Ansprüche gegenüber dem Dienstherrn. Hier sei Art. 33 Abs. 5 GG lex specialis gegenüber Art. 14 GG²³⁰⁾.

223) THIEME, Der öffentliche Dienst, S. 38

224) Vgl. oben S. 70 ff; übereinstimmend insofern ISENSEE, Beamtenstreik, S. 49 m.N.

225) THIEME aaO S. 39 ("Sicherung der Funktionen der Exekutive"), S. 70 sowie ebda. FN 19

226) THIEME aaO S. 70

227) DERS. in ZBR 65,33,37: "Ungeschriebene Voraussetzung des Art. 33 Abs. 5 ist, daß sich die jeweilige beamtenrechtliche Lösung in das Gesamtbild der Verfassung einpaßt, vor allem, daß die überragenden Grundsätze des GG mit der Einzellösung nicht in Kollision geraten". DERS. in Gutachten 48. DJT S. D 12: "Erstaunlicherweise enthält diese Bestimmung (sc. Art. 33 Abs.5) den Verfassungsbeehl, die Vergangenheit zu konservieren" und aaO S. 74: "Art. 33 Abs.4 und 5 GG bedürfen der Novellierung, da sie einer sachgerechten Reform des öffentlichen Dienstrechts entgegenstehen." Polemik bei ISENSEE aaO S.17 FN 4

228) Zum Zusammenhang zwischen subjektiven Rechten und garantierter Institution vgl. LERCHE, Übermaß S. 238 f.

229) st. Rspr. seit BVerfGE 8,1,16 ff.; vgl. E 12,81,87 u.ff.N.

230) BVerfGE 17,337,355; vgl. schon E 16,94,110 ff.; BVerfGE 21, 329, 344; explizit zustimmend jüngst ISENSEE, Beamtenstreik S. 62 FN 2.

Zum Verständnis dieser Entscheidung muß zunächst auf frühere Ausführungen verwiesen werden (231), die ergaben, daß das BVerfG die Verstärkung des individuellen Rechtsschutzes deshalb anstrebte, weil dem Beamten kollektive wirtschaftliche Kampfmaßnahmen nicht erlaubt sind.

Die erklärte Absicht einer Verstärkung der sonst ungünstigen Rechtsposition im Wege eines kompensierenden "grundrechtsähnlichen" Individualrechts (232) mißlingt gründlich. Tatsächlich tritt in doppelter Hinsicht eine Verschlechterung des Rechtsschutzes ein. Die Fixierung auf den Status führt zu dogmatischer Verirrung und logischen Widersprüchen.

Zunächst scheitert der effektive Rechtsschutz des Beamten - nach den Ausführungen des Gerichts im gleichen Bande - am Zusammenhang der beiden verfassungsrechtlichen Grundsätze "Garantie eines angemessenen Lebensunterhalts" und "generelle gesetzliche Besoldungsregelung". Das Gericht könne daher "unzulänglich gewordene Besoldungsgesetze nicht für nichtig erklären" (233), dies offensichtlich deshalb, weil der Beamte Besoldungsansprüche "nur nach Maßgabe der Gesetze" (234) habe.

Diese Ausführungen des Gerichts zeigen bereits, daß von dem intendierten "erweiterten Rechtsschutz" nichts übrig bleibt.

Der auf Grund eines gegen Art. 33 Abs. 5 GG verstoßenden Gesetzes besoldete oder versorgte Beamte hat zunächst die gleichen Schwierigkeiten bei der Durchsetzung seiner Rechte, wie sie der auf Erlaß von Normen oder gegen verfassungswidrige Anspruchsbeschränkungen klagende Bürger hat: er ist entweder völlig schutzlos (235) oder auf das Handeln der Legislative angewiesen (236). Individueller Rechtsschutz für sein angebliches Individualrecht wird ihm in keinem Fall gewährt: "Dem Richter ist es..verwehrt, einem Beamten über das im maßgebenden Gesetz Gewährte hinaus im Einzelfalle Gehalt oder Ruhegehalt zuzusprechen" (237).

231) Vgl. oben S. 110 ff. unter besonderer Betonung der entsprechenden Kompensierung im kollektivrechtlichen Bereich (§ 94 BBG).

232) Vgl. BVerfG 8,1,17: "Diese Annahme (sc. der Verstärkung des Rechtsschutzes des einzelnen) wird durch einen Blick auf die tatsächliche Entwicklung gestützt, die seit der Zeit der konstitutionellen Monarchie konsequent dahin gegangen ist, den individuellen Rechtsschutz des Beamten gerade hinsichtlich ihrer vermögensrechtlichen Stellung zu erweitern."

233) BVerfGE 8,1,19 f.; vgl. E 8,28, 35

234) BVerfGE 8,1,15

235) grunds. bei Klage wegen unterlassener Gesetzgebung, vgl. MAUNZ-SIGLOCH-SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, BVerfGG § 90, Rz. 107 f.

Nun kann man sicher der Meinung sein, daß eine eventuelle Feststellung der Rechtsverletzung durch das BVerfG "doch wohl genügen..sollte, die angesprochenen Gremien auf den Gesetzestrab zu bringen" (238). In anderer Zielrichtung ließe sich auf Grund der Fragwürdigkeit der obigen Konstruktion vertreten, daß die "richtige Schlußfolgerung" die wäre, "daß es eines Tätigwerdens des Gesetzgebers zur Festlegung der Besoldung nicht bedarf" (239).

Alle diese Ansichten bleiben - wenn auch mit ganz unterschiedlichem Anspruch - im Dunstkreis des besonderen Status. Das BVerfG und die hM gehen von der unhaltbaren Voraussetzung aus, daß der Sonderstatus (die Regelung durch Gesetz) erst den Anspruch auf Entgelt für geleistete Arbeit schaffe ²⁴⁰⁾.

SCHAFER hingegen meint offenbar, daß der mangelnde Rechtsschutz bereits die Unzulässigkeit des Sonderstatus' begründe und übersieht dabei, daß ja auch innerhalb eines Sonderstatus eine bessere Ausgestaltung der vermögensrechtlichen Ansprüche und ihrer Durchsetzung möglich wäre. Festzuhalten ist demgegenüber folgendes:

Die "erdienten", d.h. durch Arbeitsleistung erworbenen Besoldungs- und Versorgungsansprüche des Beamten, unterliegen der allgemeinen Eigentumsgarantie des Art. 14 GG ²⁴¹⁾. Denn : Jede Auffassung, die das Bestehen dieser Ansprüche (nicht zwangsläufig ihre summenmäßige Höhe) vom Vorhandensein eines (verfassungsmäßigen) Besoldungsgesetzes abhängig macht, nimmt in der Konsequenz einen auf die Beamten begrenzten Grundrechtsentzug und eine "entschädigungslose Enteignung" ²⁴²⁾ in Kauf. Die Bezeichnung des Art. 33 Abs. 5 im Bereich der vermögensrechtlichen Ansprüche als "lex specialis" ist damit bereits insoweit unzulässig, als sie die Spezialität auch dann annimmt, wenn sie zum Grundrechtsentzug führt. Art. 33 Abs. 5 kann in keinem Falle die Eigentumsgarantie auch dann

236) bei verfassungswidrigen Anspruchsbeschränkungen; vgl. BVerfGE 21, 329, 338; LEIBHOLZ-RUPPRECHT BVerfGG § 95 Rz.6

237) BVerfGE 8, 28, 35; vgl. E 8, 1, 15.

238) So QUARITSCH 48. DJT Referat S. 0 46

239) SCHAFER, Referat 48. DJT S. 0 20

240) Vgl. BVerfGE 8, 1, 15 (oben S. 208 N 234); ISENSEE, Beamtenstreik S. 62 FN 2: "...weil der Unterhaltsanspruch überhaupt erst auf der Grundlage des Dienstverhältnisses entsteht". 241) grundsätzlich zur Einbeziehung vermögensrechtlicher Ansprüche in den Eigentumsbegriff bereits WOLFF, Reichsverfassung und Eigentum, in: Berliner Festgabe für KAHL (1923), S. 20 ff.; zum Arbeitsrecht vgl. BAG AP § 125 Nr. 2

derogieren, wenn von ihr nichts mehr übrigbleibt. Diese Folge tritt aber als Konsequenz der vom BVerfG vertretenen Auffassung immer dann ein, wenn ein verfassungsmäßiges Besoldungsgesetz nicht vorhanden ist²⁴³⁾. Diese Konsequenz ist - zugegebenermaßen - "nur" dogmatisch-theoretischer Natur; aber auch hier gilt:

244)

"Das grundgesetzliche Schrankensystem gibt dem Gesetzgeber zwar die Möglichkeit, die Grundrechte zu gestalten, nicht aber die Möglichkeit, sie wegzugestalten." (245) -

Ließe man einmal die Einschränkung des Rechtsschutzes gegenüber Normen auf sich beruhen, und nähme man auch die Bezeichnung des Art. 33 Abs. 5 als lex specialis für einen Moment nicht zu genau, gäbe es in der Tat eine Möglichkeit, die individualrechtliche Position des Beamten zu verstärken und damit der vom BVerfG geäußerten Absicht zu entsprechen: sie läge darin, die für den Gesetzgeber verbindlichen Kriterien für eine Besoldungs- und Versorgungsregelung mit Hilfe des Art. 33 Abs. 5 genauer (Kriterium der Überprüfbarkeit durch das Gericht) und über das in Art. 14 GG gewährleistete Maß hinaus abzustecken (Kriterium der individualrechtlichen Verstärkung).

Das Gegenteil ist jedoch der Fall: auch hierbei tritt eine weitere (die zweite) Verschlechterung der Rechtsposition des Beamten ein.

Dies verwundert zunächst angesichts der vom BVerfG in der gleichen Entscheidung entwickelten Kriterien für einen angemessenen Lebensunterhalt; diese Kriterien lassen sehr wohl eine Konkretisierung, teilweise sogar eine Quantifizierung (246) der vermögensrechtlichen Ansprüche zu.

- 242) Zur unstrittenen Terminologie vgl. z.B. BAUSCHKE-KLÖPPER NJW 71, 1233 ff.
- 243) "Nur nach Maßgabe der Gesetze" (BVerfG N 234= E 8,1,15). Ein verfassungswidriges Gesetz ist als Anspruchsgrundlage aber untauglich.
- 244) Die Forderung muß für den Interpreten (das BVerfG) verschärft gelten. Es fragt sich überdies, ob das BVerfG hier nicht eine quasi-Verfassungsgesetzgebung ausübt (vgl. unten 2).
- 245) BAUSCHKE-KLÖPPER NJW 71, 1233, 1235
- 246) Vgl. BVerfGE 8,1; vgl. E 9, 268, 286. Quantifizierbarkeit liegt zumindest in den Fällen "Entwicklung der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung" und "allgemeiner Lebensstandard" vor (BVerfG aaO).

Das Kriterium der genaueren Überprüfbarkeit geht verloren, weil dem Gesetzgeber ein "weiter Ermessensspielraum" eingeräumt wird²⁴⁷⁾.

Dieses Kriterium geht verloren, weil sich das Gericht von den "wohlerworbenen Rechten" iSd Art. 129 WRV absetzen will - und dies auch tun muß:

"Die Entstehungsgeschichte des Art. 33 Abs. 5 GG zeigt deutlich, daß das GG - im Gegensatz zu Art. 129 WRV - nicht vom Schutz subjektiver Rechte des Beamten, sondern von der Erhaltung der Einrichtung eines Berufsbeamtentums im Interesse der Allgemeinheit ausgeht" (248).

Wenn dem so ist, scheint es widersinnig, gerade in Art. 33 Abs. 5 GG den Angelpunkt zu suchen, wo der "individuelle(!) Rechtsschutz der Beamten gerade hinsichtlich ihrer vermögensrechtlichen Stellung zu erweitern" wäre (249). Das Gericht erweitert denn auch nichts:

Über die von Art. 14 GG gewährleisteten vermögensrechtlichen Ansprüche hinaus wird durch Art. 33 Abs. 5 nichts garantiert; nur die Möglichkeit zur Einschränkung wird offengehalten.

"Summenmäßig unveränderliche vermögensrechtliche Ansprüche der Beamten (sind) mit den Interessen der Allgemeinheit und der Institution eines staatsverbundenen Berufsbeamtentums unvereinbar" (250). Die Gesetzgebung soll nur "eng begrenzten verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen" entsprechen (251).

Der in der gleichen Entscheidung auftretende starke Widerspruch zwischen "verfassungsrechtlicher Mindestanforderung" und intendierter "Erweiterung" des individuellen Rechtsschutzes im selben Grundrechtsbezirk führt in eine dogmatische Sackgasse. Zu spät und nachgerade peinlich der Versuch, unvereinbare Gegensätze zu vertuschen und Art. 33 Abs. 5 wieder an Art. 14 GG anzuhängen²⁵²⁾. Jetzt sollen die vermögensrechtlichen Ansprüche des Beamten gegenüber dem Dienstherrn

247) BVerfG aaO (E 8,1,16); diese und weitere Hervorh. nicht im Original.

248) BVerfG aaO (S. 12); st. Rspr.; vgl. E 3,58, 137; 8, 332, 343

249) So ja die Intention des BVerfG in E 8,1 (17); vgl. N 232

250) BVerfGE 8,1,13; vgl. E 8,332, 342 f.

251) BVerfGE 8,1,17

252) Anders im Bereich der Sozialstaatsklausel, wo sich das Gericht vorher nicht so eindeutig festgelegt hatte; vgl. oben S. 113 ff. (116).

durch Art. 33 Abs. 5 "ebenso gesichert" sein, "wie das Eigentum durch Art. 14 GG"²⁵³⁾. Welch eine *lex specialis*, die zur Eroberung neuer Individualrechte antritt, um nach langer Reise eine Annäherung an längst garantierte Grundrechte zu erreichen !

Das Bundesverwaltungsgericht - durch die merkwürdige Konstruktion des BVerfG verunsichert - greift denn auch dankbar den Gedanken des "gleichen Schutzes" auf:

Das Gericht sieht in der rückwirkenden Streichung bereits fällig gewordener Versorgungsbezüge einen Verstoß gegen Art. 33 Abs. 5, und zwar mit der Begründung, daß bereits entstandene Forderungen auch in ihrer summenmäßigen Höhe (!) Eigentumschutz hätten. Ihre rückwirkende Streichung liefe auf eine von Art. 14 GG (!) mißbilligte entschädigungslose Enteignung hinaus. Die Wahrung der Alimentationsverpflichtung könne als Kriterium der Verfassungsmäßigkeit nur für solche Gesetze ausreichen, die zu einer Verschlechterung künftig fällig werdender Bezüge führten (254).

Nach der Ansicht des BVerwG läge also dort ein Verstoß gegen Art. 33 Abs. 5 vor, wo hergebrachtermaßen der Beamte keinen vollen Eigentumsschutz, sondern nur Anspruch auf einen Mindestbestand hatte (255). Tatsächlich verwendet das BVerwG Art. 33 Abs. 5 auch nur als Bezeichnung, um dann in seinen Überlegungen ausschließlich auf Art. 14 abzustellen.

Die Widersprüchlichkeiten der Rechtsprechung führen zum einzig möglichen Ergebnis:

Das GG keine keine "grundrechtsersetzenden Individualrechte".
Art. 33 Abs. 5 kann nicht *lex specialis* zu Art. 14 GG sein.

Die Wurzel der verfehlten Rechtsprechung des BVerfG ist bereits bekannt: der Status allein ist eben kein ausreichender Grund mehr für die Zuweisung von Rechten (und Pflichten!) (256). Zwar könnte das Eigentumsrecht des Beamten ausgestaltet (z.B. durch das Prinzip der Unverzichtbarkeit auf die Bezüge), konkretisiert oder eingeschränkt werden: immer aber nur im Rahmen des Art. 14 GG, wobei rechtsfortbildende Tendenzen im Eigentumsrecht des GG auch bei der Beurteilung eines Beamtengesetzes Beachtung fordern. Grundrechte lassen sich nicht

253) BVerfGE 16, 94, 112f.; E 21, 329, 344.

254) BVerwG U. v. 20.11.1964 DÖV 65, 167

255) BVerfGE 8, 1, 13; 8, 332, 342f.; 21, 329, 344; zur Weimarer Praxis vgl. BENZ, Beamtenverhältnis und Arbeitsverhältnis S. 36; die (nicht ganz einheitliche) Rspr. des RG ist in BVerfGE 8, 1 (12) gesammelt.

256) Vgl. oben S. 181 ff.

durch eine zum Rechtsbegriff hochstilisierte Tradition ersetzen. Aus gutem Grunde gibt es die Bestimmung des Art. 1, III GG.

Daß Art. 33 Abs. 5 deshalb anzuwenden sei, weil die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten anders nicht zu schützen wären, kann im Ernst nicht behauptet werden. Das Gericht hat selbst ausgeführt, daß diese Ansprüche keine einseitigen Sozialleistungen sind, sondern Gegenleistungscharakter tragen (257). Gerade solche öffentlichen Rechte umfaßt aber die verfassungsrechtliche Eigentümerposition (258).

Dies mag am Beispiel der Berufssoldaten gezeigt werden. Hier nimmt das BVerfG selbst eine Garantie der vermögensrechtlichen Ansprüche der Soldaten durch Art. 14 GG an²⁵⁹). Das legt die Frage nahe, welchen Interpretationsmaßstab das Gericht denn anlegt, wenn es Besoldungsgesetze auf ihre Vereinbarkeit mit dem GG, isbs. den Grundrechten, überprüft. Besoldungsgesetze gelten üblicherweise für Soldaten und Beamte(vgl. § 1 BBesG) !

Sollte tatsächlich eine unangemessene Besoldungsbestimmung in zweifacher Hinsicht für verfassungswidrig erklärt werden müssen? Einmal also wegen Verstoßes gegen Art. 14 GG, "so weit die Bestimmung sich auf Soldaten auswirkt" und dann wegen Verstoßes gegen Art. 33 Abs. 5 (gleicher Schutz!), "so weit sie sich auf Beamte auswirkt" ? Auf die Verfassungsbeschwerde eines Soldaten hin dürfte aber über Art. 33 Abs. 5 gar keine Aussage getroffen werden - und vice versa auf die Verfassungsbeschwerde eines Beamten hin keine Aussage über Art. 14 GG. Die Eselsbrücke des "gleichen Schutzes" hilft bei diesen systematischen Widersprüchen nicht weiter. Was nottut, ist Klarheit; diese aber läßt sich nur durch eine Loslösung vom Status gewinnen.

257) BVerfGE 21, 329, 345

258) Vgl. WEBER, Öffentlich-rechtliche Rechtsstellungen als Gegenstand der Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung AöR 91, 382 ff. (m.w.N.). Zum gleichen Ergebnis führte eine eher arbeitsrechtliche Sicht ebenfalls; vgl. nur BAG aaO (N 241).

259) BVerfGE 3, 288, 341 f. ("Soldatenurteil"); 16, 94, 111 f.; 22, 387, 422 st. Rspr.

(2) Abschließende Bewertung der strukturellen Divergenzen

Wäre Art. 33 Abs. 5 GG eine "gewöhnliche" Norm, müßte an dieser Stelle das abschließende Urteil über seine Verfassungsmäßigkeit oder Verfassungswidrigkeit fallen; Art. 33 Abs. 5 entzieht sich aber diesen Kategorien.

Von untergeordneter Bedeutung ist hier das Problem verfassungswidriger Verfassungsnormen. Die Schwierigkeiten wären kaum geringer, wenn Art. 33 Abs. 5 eine "einfache" Gesetzesnorm wäre. Entscheidend ist vielmehr:

- Die Bestimmung ist ein "Normenbündel"; sie ist aber nicht auf die einzelnen Teilinhalte reduzierbar.

Wer z.B. das Alimentationsprinzip für verfassungswidrig hält, kann den Einfluß auf das "Dach" - d.h. die Gesamtheit der hergebrachten Grundsätze - kaum in gleicher formelhafter Weise beschreiben (260).

- Zwar ist m.E. die retrospektive Tendenz der Norm mit den sonst in der Verfassung aufzufindenden Strukturen nicht vereinbar; sie führt auch zu beachtlichen Divergenzen, die sich zunehmend verschärfen. Aber: der inhaltliche, konkretisierte Konflikt mit anderen Verfassungsnormen ist hiervon nicht automatisch erfaßt.

Wir konnten feststellen, daß einzelne Inhalte des Art. 33 Abs. 5 trotz ihrer gewollten Festschreibung auch heute noch wesentlichen demokratischen Inhalten entsprechen (z.B. Freiheit der politischen Betätigung), andere nur als "unzweckmäßig" eingestuft werden (z.B. das Versorgungssystem), wieder andere als unvereinbar mit der Verfassungsordnung anzusehen sind (z.B. "Spezialität" der Bestimmung gegenüber Art. 14 GG; Auswirkungen der "Leitbilderhebung"). Solche heterogenen Erscheinungen sind nicht unter die blanke Formel der Verfassungswidrigkeit zu bringen, zumal es den Staatszielbestimmungen häufig an jener Verdichtung mangelt, die den Konflikt erst unerträglich macht.

260) Erst recht ungeeignet wäre das umgekehrte Verfahren, den Teilinhalten jede Bedeutung abzusprechen.

- Die Norm "lebt" fast ausschließlich von der Interpretation, isbs. von der des BVerfG . Im Zuge der "Verrechtlichung" und des Abbaus der "besonderen Gewaltverhältnisse" ist eine Schwächung und Aushöhlung der Norm eingetreten, die den Blick auf ihre außerrechtliche Basis kaum mehr zuläßt.

Wir haben zahlreiche Beispiele aus der Auslegungsgeschichte behandelt; keines der außerrechtlich fundierten traditionellen Kriterien hat diesen Ansturm unversehrt überstanden. Der Versuch, traditionelle soziale Anschauungen und Verhaltensweisen (z.B. das personenverbundene "Treueverhältnis") im Wege der Normierung zu zementieren, ist fehlgeschlagen. Diese deutlichsten Auswirkungen der Retrospektivität spielen heute in der Diskussion keine Rolle mehr. Neben der "verfassungskonformen Auslegung" haben auch einige, in der Norm selbst angelegte Tendenzen zur Selbstzerstörung, zur weiteren Schwächung beigetragen (z.B. der Widerspruch zwischen Alimentations- und "Leistungsprinzip", der jetzt künstlich weggedeutet werden soll (261)).

Der Interpret steht somit vor der Schwierigkeit, "welchen" Art. 33 Abs. 5 er auf die Vereinbarkeit mit anderen Verfassungsprinzipien hin bewerten soll: den von 1949 (einschließlich der damals noch wirksamen außerrechtlichen Basis), oder seinen 1973 noch nicht weginterpretierten Rest. Tut er, in Anbetracht der Geschichtlichkeit des Rechts, das letztere, entgeht ihm das Wesentliche: daß nämlich eine Norm Gegenstand seiner Untersuchung und Bewertung ist, die gerade diese Geschichtlichkeit negiert. Dieses Problem wird von der Interpretation nicht erfaßt, wenn sie die angebliche "Fortentwicklung" der hergebrachten Grundsätze ins Feld führt.

- Die Norm ist durch die Interpretation nicht fortentwickelt, sondern abgebaut worden. Dieser Abbau steht zwar nicht in einem unmittelbaren Verhältnis zum Ausbau des sozialen Rechtsstaats, wohl aber in struktureller Abhängigkeit damit.

Die Interpretation konnte z.B. nicht daran vorbeigehen, daß sich durch den Ausbau der Sozialstaatlichkeit die Rolleneverteilung zwischen Mann und Frau geändert hat. Sollte einst der (männliche) Beamte und seine Familie alimentiert werden, so soll heute auch der Frau die Berufstätigkeit weitgehend und gleichzeitig familienscho-nend ermöglicht werden. Das Resultat solcher struktu-

reller Veränderungen war die Einführung der Teilzeitbeamtin; hielt die Rollenumschichtung an, würde auch die Einführung des Teilzeitbeamten notwendig. Eine derartige Neuerung wird ebensowenig an Art. 33 Abs. 5 GG scheitern wie die Teilzeitbeamtin. Ein Blick über die aktuelle Situation hinaus auch im folgenden Beispiel: wird aus rechtsstaatlichen Erwägungen heraus der Eid als "Fremdkörper in der verfassungsmäßigen Ordnung" (262) empfunden und setzt sich diese Meinung durch, ist auch der Beamteneid nicht mehr zu halten, mag es dazu auch mehr Zeit benötigen als im Gerichtsbereich (263).

- Bei der Norm handelt es sich nicht um einen Fall "ursprünglicher" oder "nachträglicher" Zweckverfehlung²⁶⁴⁾.

Die Norm erfüllt ihren Zweck - wenn auch sehr eingeschränkt: es gibt nach wie vor Beamte, d.h. eine von den sonstigen öffentlichen Dienstnehmern abgesonderte Kategorie.

- Die Norm leidet aber an einem ursprünglichen und sich immer mehr verschärfenden Zuordnungsmangel. Verfassung und Verwaltung sind einander nicht zugeordnet; die Norm wird zur bloßen "Statusnorm". Im Verhältnis zwischen Verwaltung und Bevölkerung, aber auch innerhalb der Verwaltung tritt ein verfassungsrechtliches Vakuum ein, dessen Auffüllung vom BVerfG nicht geleistet werden kann.

Dies ist die eigentliche, verfassungsrechtlich bedenkliche Entwicklung: der Gesetzgeber hat sich einer, zunächst auch als Zuordnungsnorm gedachter, dazu aber untauglicher, Norm begeben und sie zur Disposition des BVerfG gestellt. Das Gericht mußte sich, weil ihm die politische Entscheidung über die Gestaltung einer demokratischen Verwaltung nicht zukommt, auf die Statusprobleme konzentrieren. Der damit verbundene weitere Abbau der Norm hinterließ weitere Unstimmigkeiten. Der Verfassungsgesetzgeber realisierte das dadurch aufgetretene Vakuum nicht. Zum Handeln (d.h. zur Verfassungsänderung) wollte man nicht schreiten, weil man die auftretenden Probleme entweder als rein soziologische oder psychologische ansah, oder weil man prinzipiell nichts ändern wollte (265). Es geht jedoch hierbei nicht

262) WOESNER NJW 73, 169

263) M.E. verfehlt wäre es, derartige Erwägungen als "politische" abzutun, nur weil sie auch in den Thesen des DGB erscheinen.

264) Hierzu näher PESTALOZZA, AöR 96, 27, 48 ff.; ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, S. 156 ff.

265) Vgl. die Bemerkung von BENDA, 48. DJT, S. 0 89

um die politische Wünschbarkeit oder Ablehnung einer Verfassungsänderung; vielmehr fragt es sich, ob nicht aus verfassungsrechtlichen Erwägungen heraus eine Pflicht des (Verfassungs-)Gesetzgebers zum Tätigwerden angenommen werden muß.

- Eine Lösung des durch Art. 33 Abs. 5 verursachten strukturellen und spezifischen Verfassungskonflikts ist nur mit Hilfe des (Verfassungs-)Gesetzgebers zu erzielen.

Im Interesse der Verwaltenden und der Verwalteten ist eine klare Rechtsbasis erforderlich, die durch Art. 20 GG allein nicht gewährleistet ist. Die verstärkte Rechtsunsicherheit, wie sie z.B. im Bereich des Besoldungs- und Versorgungsrechts, der politischen Betätigung und des Streikrechts sichtbar wird, und die zunehmende Entblößung der Verwaltung von verfassungsrechtlichen Bezügen schaffen eine sehr bedenkliche Situation. Die Interpretation ist wegen der Art. 33 Abs. 5 eigenen retrospektiven Struktur gar nicht in der Lage, die immer stärker werdenden Widersprüche und Lücken abzudecken, sondern trägt im Gegenteil zum weiteren Abbau der Norm bei.

- Umrißhaft ließe sich die Bewertung etwa folgendermaßen abschließen:
Die benannten Divergenzen haben in ihrer zwangsläufig fortschreitenden Entwicklung zu einer verfassungsrechtlichen Situation geführt, die der des Fehlens einer "Amtsverfassung" nahekommt. Damit bewegen sie sich bereits jetzt "am Rande des verfassungsrechtlich Hinnehmbaren"²⁶⁶⁾.

266) Die Formulierung entstammt dem "Numerus-Clausus"-Urteil des BVerfG v. 18.7.1972 (NJW 72,1561,1564). Sie scheint mir am besten jenen Prozeß wiederzugeben, der mit Begriffen wie "Verfassungswidrigkeit durch Artwandel" (BACHOF, Verfassungswidrige Verfassungsnormen? S. 39 ff) oder "Kollisionslücke" (ENGISCH aaO S. 159) auch nur unzureichend erfaßt würde.

(3) ANHANG:

Notizen zur notwendigen Verfassungsänderung.

"Die Verfassung kann nicht einmalige geschichtliche Situationen, die sie mit Recht für wertvoll hält, für alle Zukunft erhalten wollen" (267).

Diesem Ausspruch von MAUNZ möchte ich nach der Analyse des Art. 33 Abs. 5, der ja diesen vergeblichen Anlauf zur Festbeschreibung geschichtlicher Situationen unternahm -, gerne zustimmen. Es bleibt aber das Unbehagen, das aus dem Unvermögen resultiert, dem "kann nicht" der Verfassung ein "Soll" oder "Muß" des Gesetzgebers entsprechend zuzuordnen.

Nun sind zwar beachtliche Ansätze sichtbar, die scharfe Einteilung zwischen "Verfassungswidrigkeit und Wichtigkeit" und "Verfassungsmäßigkeit und - implizit - Vollgültigkeit" mit verschiedenen Zwischenstufen aufzulockern²⁶⁸⁾; im Rahmen dieser Arbeit war es mir aber nicht möglich, über die zuletzt (oben S. 217) getroffene Aussage hinaus auch noch die Verpflichtung des Gesetzgebers zur Neuregelung des Art. 33 Abs. 5 verfassungsrechtlich zu belegen.

Die hier im Anhang angesprochene "Notwendigkeit" der Verfassungsänderung (die sich in der Konsequenz eher als Auffüllung eines entstandenen Leerraums darstellt) ist deshalb nicht verfassungsrechtlich abgesichert. Sie soll aber auch nicht mit dem Deckmantel des "Verfassungspolitischen" versehen werden, sondern versteht sich als Reformbeitrag, der auf der verfassungsrechtlichen Analyse der Arbeit aufbaut. Die Neuregelung erscheint wegen der aufgedeckten Verfassungsunstimmigkeiten und wegen der Überforderung des BVerfG auf diesem Gebiet auch wünschenswert.

Bei einer Durchsicht der Vorschläge zur Reform²⁶⁹⁾ fällt zweierlei auf :

267) MAUNZ, Starke und schwache Normen in der Verfassung aaO (N 197), S. 146; vgl. dazu auch LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft 1969², S. 122 ff.

268) PESTALOZZA AöR 96, 27 ff. mit zahlr. Nachweisen zur Rspr. des BVerfG; nachzutragen das "Numerus-Clausus-Urteil" aaO.

269) Das seit langem erwartete Gutachten der Studienkommission zur Reform des öffentlichen Dienstrechts lag bei Abschluß der Arbeit noch nicht vor. Zur Verfügung standen

Die Diskussion beschränkt sich im wesentlichen auf :
das Statusproblem (im Ergebnis also auf die Fragen
des Streikrechts und der Tarifaufonomie)²⁷⁰⁾ - (1) und
Fragen einer - verfassungsrechtlich nicht vermittelten-
"Leistungsfähigkeit" (2).

Die verfassungsrechtliche Analyse führte zu anderen Prioritäten, die diese machtpolitischen und technologischen Auseinandersetzungen zwar sicher nicht bedeutungslos machen, die aber doch andere Akzente setzen. An diesen Prioritäten soll der versuchsweise Änderungsvorschlag festgemacht werden, der einen Einbau der Verwaltung in die Verfassung zum Ziel hat.

Der Änderungsvorschlag, der die Absätze 4²⁷¹⁾ und 5 des Art. 33 ersetzen soll, geht von der eigenständigen Funktion der öffentlichen Verwaltung in der Demokratie des GG aus²⁷²⁾.

Dadurch ergeben sich teils sachliche, teils terminologische Unstimmigkeiten mit anderen Verfassungsnormen; soweit die Einbeziehung anderer Personengruppen (sachliche Differenz), z.B. der Richter, angesprochen ist (273), ergibt sich als erfreuliche Folge eine schärfere Durcharbeitung des Gewaltenteilungsprinzips. Art. 98 GG gewänne z.B. an Bedeutung.

Sachliche Differenzen ergeben sich auch dort, wo nur die Beamten im herkömmlichen Sinne angesprochen sind (vgl. z.B. den eingefügten Art. 74 a GG). Nach der hier vertretenen Auffassung ist ja der Status als solcher kein geeigneter Anknüpfungspunkt. Hier ist, wie im Vorschlag berücksichtigt, die Entwicklung offen zu halten. Diese sachliche Differenz wird damit auch zur terminologischen Frage, die dann allerdings eine Änderung der entsprechenden alten Terminologie ratsam erscheinen läßt. Diese nicht zu vermeidende Fernwirkung ergibt sich aus der Loslösung vom Status. Eine Einschränkung der Personalhoheit des Staates ist damit nicht ohne weiteres verbunden - möglich wäre auch eine Erweiterung -, wohl aber wäre Personalhoheit nicht mehr mit einseitiger Regelungsbefugnis der Besoldungs- und Versorgungsbezüge in eins zu setzen.

Vorschläge des DGB, der Gewerkschaft ÖTV, der DAG, des Deutschen Beamtenbundes, Informationen des Bundesministeriums des Innern und des Bayerischen Innenministeriums, des Innensenators von Berlin und die im Laufe der Arbeit zitierte Literatur.

270) Dies gilt auch für die Reformvorschläge (z.B. die des DBB), die zur Tarifaufonomie ablehnend Stellung nehmen.

271) Dies schon deshalb, weil Abs. 4 nach hM ebenfalls "hergebrachter Grundsatz ist"; vgl.o. S. 37 (ff.)

272) Dazu oben S. 4 ff., 14-31, 122 ff.

273) Vgl. dazu schon oben S. 4 ff. mit Kritik an der Rspr. des BVerfG.

Nicht notwendig wäre eine Änderung derjenigen Verfassungsbestimmungen, die zwar die herkömmliche Terminologie verwenden ("Amt", "Beamte", "öffentlicher Dienst" - vgl. Art. 34, 36, 73 Nr. 8, 75 Nr. 1 GG u.a.), die aber auch angesichts einer Neuregelung zu keinen Mißdeutungen Anlaß geben, - wie schon das Beispiel Art. 34 GG/§ 839 BGB zeigte.

Der als Art. 33 bezeichnete Änderungsvorschlag ersetzt die Absätze 4 und 5 des derzeit gültigen Art. 33 GG, geht aber insofern darüber hinaus, als er eine aus den Artikeln 20, I-III, 28, I, 1 GG entwickelte Funktion der öffentlichen Verwaltung in die Norm mit einbezieht. Art. 33 Abs. 1, 2 und 3 GG bleiben unberührt. Art. 30 und 83 GG werden durch den als Diskussionsbeitrag zu verstehenden Änderungsvorschlag ebenfalls in keiner Weise eingeschränkt.

Vorschlag einer Neuregelung:

Art. 33 (Öffentliche Verwaltung). (1) Die öffentliche Verwaltung in Bund und Ländern hat die Aufgabe, die demokratisch legitimierten Bedürfnisse und Interessen des Volkes zu erfüllen. Die im Verwaltungsdienst beschäftigten Personen müssen bei der Ausübung ihres Berufes²⁷⁴⁾ sozialpflichtig handeln, insbesondere²⁷⁵⁾ der Bevölkerung in Notlagen und Schwierigkeiten²⁷⁶⁾ helfen und sie in ihrem Wunsch nach Selbstbestimmung unterstützen²⁷⁷⁾. Satz 2 gilt nur sinn-

274) Mit dieser Formulierung soll klargestellt werden, daß Art. 12 GG gilt, insbse. keine Fixierung auf ein "Leitbild" erfolgt.

275) Die folgenden Beispiele der "Sozialpflichtigkeit" erläutern das breite Spektrum der Verwaltungstätigkeit; gleichzeitig machen sie durch die Hervorhebung der Hilfe zur Selbstbestimmung deutlich, daß Verwaltung kein Selbstzweck ist.

276) Dieser Begriff ist umfassend zu verstehen; er verdeutlicht die notwendige Bürgerbezogenheit der Verwaltung.

277) Hier erübrigt sich - wie auch an allen anderen Stellen - der Einschub "im Rahmen der Gesetze"; daß Art. 20, III GG strikte Beachtung erfordert, braucht nicht eigens betont zu werden.

278) Damit ist die "Planung" in die Verwaltung mit einbezogen; ferner entfällt die besondere Rechtsfigur des "politischen Beamten"; vgl. dazu oben S. 20 ff.

- gemäß für diejenigen Verwaltungsangehörigen, die überwiegend den Parlamenten oder Regierungen zuarbeiten²⁷⁸⁾.
- (2) Das Recht²⁷⁹⁾ der im Verwaltungsdienst des Bundes und der Länder beschäftigten Personen ist so zu gestalten, daß der Vorrang demokratischer Einflußnahme auf die Verwaltung gewahrt bleibt²⁸⁰⁾, die Beschäftigten aber einen gleichfalls gesicherten Einfluß auf ihre Arbeitsbedingungen behalten²⁸¹⁾. Art. 9 des GG bleibt unberührt²⁸²⁾.
- (3) Einzelregelungen müssen, auch soweit sie durch Gesetz erfolgen²⁸³⁾, den Grundsätzen der Abs. 1 und 2 entsprechen. Hierbei ist auch auf den Tätigkeitsbereich der betroffenen Verwaltungsangehörigen abzustellen²⁸⁴⁾.
-

279) Das läßt alle Möglichkeiten (Gesetz, Tarifvertrag) offen.

280) Vgl. oben S. 122 ff.; mit dieser Formulierung soll vor allem eine Kontrastvorstellung zum beamtenstaatlich bestimmten "Allgemeinwohl" entwickelt werden.

281) Zur verfassungsrechtlichen Notwendigkeit der Berücksichtigung der Interessen der Beschäftigten vgl. KÖLBLE, DÖV 70, 447, 457; darüber hinaus werden hier auch die kreativen Bedürfnisse der Verwaltungsangehörigen an ihrem Arbeitsplatz angesprochen.

282) Weil nach jetzt hM Art. 9 III GG sedes materiae des Streikrechts ist (vgl. ISENSEE, Beamtenstreik S. 23-31 mit zahlr. Nachweisen auch der Gegenmeinung), eröffnet diese Formulierung die Möglichkeit, an die beginnende Ausdifferenzierung des Streikrechts (und der funktionalen Streikverbote) anzuknüpfen.

283) Daraus ergibt sich in diesem Bereich ein Regel/ (Tarifvertrag) Ausnahme (Gesetz) - Verhältnis.

284) Sich aus einem gewandelten Tätigkeitsbereich ergebende neue Anforderungsprofile sind also bei der Regelung (Tarifvertrag, Gesetz) zu berücksichtigen. - Auf eine dem Art. 17 a GG entsprechende Bestimmung wurde verzichtet, da die einschlägigen Grundrechte ohnehin einen Gesetzesvorbehalt enthalten. - Übergangsregelungen sind nicht erwähnt, bei der gewählten Formulierung wohl auch weniger problematisch, als sie es etwa bei einer zwangsweisen Vereinigung aller Dienstrechte wären.

LITERATURVERZEICHNIS

=====

- Albrow, Martin Bürokratie. München 1972
- Bachof, Otto Verfassungswidrige Verfassungsnormen,
Recht und Staat 163/164. Tübingen 1951
- Baring, Martin
u. Ule, C.H. Der Beamte zwischen gestern und morgen.
Grundfragen der deutschen Beamtenpolitik.
1958
- Becker, Erich Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung.
in VVDStRL Heft 14 (1956), 96
- Becker, Hans Joachim Die Rechtsprechung des BVerwG zum GG.
in JÖR NF 15, 263 (315 ff)
- Benz, Winfried Beamtenverhältnis und Arbeitsverhältnis.
(Arbeits- und sozialrechtliche Studien,
Heft 11, Hrsg. Thilo Ramm) Stuttgart 69
- Berliner Modell Verwaltung in der Reform 1. Vorschläge
für ein Einheitliches Dienstrecht.
Hrsg. Senator für Inneres. Berlin 1970
- Bochalli, Alfred Grundriss des Deutschen Beamtenrechts.
Köln usw. 1965
ders. Kommentar zum BBG 1958 2
- Bracher, Karl Dietrich Die Auflösung der Weimarer Republik.
Villingen 1964⁴
- Buttgenbach, André Manuel de droit administratif.
Bruxelles 1966³
- Däubler, Wolfgang Der Streik im Öffentlichen Dienst. 1970
- Dau, K. Der Begriff des Dienstvergehens und sein
Verhältnis zum Straftatbestand. DVBL 68
S. 62 ff.
- Dembour, Jacques Droit administratif. La Haye 1970
- Demichel, André
u. Lalumière, Pierre Le droit public. Paris 1969

- Deutscher Beamtenbund Beratungsunterlage 15. Arbeitskreis für gesellschaftspolitische und beamtenpolitische Reformfragen. Bundesvertretertag 1969 des DBB.
- ders. (Hrsg.) Bedrohung einer Verfassungsinstitution. Kritische Bemerkungen zum Gutachten Prof. Dr. Thiemes über die Neuordnung des Beamtenrechts. Bonn-Bad Godesberg, Sept. 1970
- ders. Partnerschaftliche Dienstrechtsgestaltung unter parlamentarischer Letztentscheidung. Hekt.Man. 1969
- Deutscher Gewerkschaftsbund (Hrsg.) Die Stellung des Beamten in Staat und Gesellschaft. Düsseldorf 1960
- ders. (Hrsg.) Grundsätze des DGB zur Neuordnung des Beamtenrechts. Gliederung in Statusrecht und Folgerecht. Düsseldorf .Sept. 1970
- Deutscher Juristentag (Hrsg.) Verhandlungen des 39. DJT in Stuttgart 1951. Teil D "Inwieweit läßt Art. 33 Abs. 5 des Grundgesetzes eine Reform des Beamtenrechts zu?" Tübingen 1952
- ders. (Hrsg.) Verhandlungen des 48. DJT in Mainz 1970 .Teile D und O "Empfiehlt es sich, das Beamtenrecht unter Berücksichtigung der Wandlungen von Staat und Gesellschaft neu zu ordnen?" München 1970
- Ebert, Das Recht des Öffentlichen Dienstes. 1965
- Ehmke, Horst "Staat" und "Gesellschaft", in: Festgabe für Smend. 1962. S. 23f.
- Ellwein, Thomas Einführung in die Regierungs- und Verwaltungslehre. Stuttgart 1966
- Engisch, Karl Einführung in das juristische Denken. Stuttgart 3 (o.J.) (1964)
- Fees, Karl Der Leistungsgrundsatz im Öffentlichen Dienst. Betrachtungen zu einem Buch von Gottfried Neeße. ZBR 67, 203
- Finger, H.J. Ist das Berufsbeamtentum bei der Deutschen Bundesbahn noch zeitgemäß? ZBR 64, 65

- Fischbach, Oscar Georg Zur Neugestaltung des Beamtenrechts.
DÖV 51, 453
- dens. Die hergebrachten Grundsätze des Berufs-
beamtentums. DVBL. 51, 99
- dens. Inwieweit läßt Art. 33 Abs. V des Grund-
gesetzes eine Reform des Beamtenrechts
zu? in: Verhandlungen des 39.DJT.
Stuttgart 51. S. D 35 ff.
- dens. Deutsches Beamtengesetz².
Nachtragband II. Berlin 1943
- dens. BBG(Kommentar) I, 3.Aufl. 1964
1. Halbband 1964, 2. Halbband 1965
Köln-Berlin-Bonn-München.
- Fischer, Maria Teilzeitarbeit für Beamtinnen?
ZBR 67, 197
- Fleiner, Fritz Institutionen des Deutschen Verwaltungs-
rechts. 8. Neubearb. Aufl. Neudruck für
die Schweiz. o.J. (1939)
- Fonsthoff, Ernst Verfassungsrechtliche Prolegomena
zu Art. 33 Abs. V GG. DÖV 51, 460
- dens. Das Bundesverfassungsgericht und das
Berufsbeamtentum. (Zum Urteil des
BVerfG vom 17.12.1953) DVBL 54, 69
- dens. Rechtsfragen der leistenden Verwaltung.
Res publica 11, Stuttgart 1959
- Friedrich, Hannes Staatliche Verwaltung und Wissenschaft.
Die Rolle der wissenschaftlichen Be-
ratung aus der Sicht der Ministerial-
bürokratie. Frankfurt/M 1970
- dens. siehe Loccumer Protokolle 3/1969
- Gauf, H. Die hergebrachten Grundsätze des Be-
rufsbeamtentums. ZBR 61, 97
- Garber, Hans. "Dienstherr des Beamten". DÖV 51, 472
- Giehl, Der Öffentliche Dienst in der moder-
nen Gesellschaft. Bürokratie oder Ma-
nagement. BayVBI 72, 57
- Giese Das Berufsbeamtentum im Deutschen
Volksstaat. Berlin 1929
- Grabendorf, Walter Buchbesprechung von Partsch "Verfas-
sungsprinzipien und Verwaltungsinsti-
tutionen." ZBR 59, 168

- Grabendonf, Walter Besprechung.....
ZBR 60, 287
- Grewe, Wilhelm Inwieweit läßt Art. 33 V des GG eine
Reform des Beamtenrechts zu? in: Verhand-
lungen des 39.DJT. Stuttgart 1951
- Grisel, André Droit administratif Suisse. Neuchâtel 70
- Habermas, Jürgen Strukturwandel der Öffentlichkeit.
Neuwied/Berlin 1968. 3.Aufl.
- Habermas/Luhmann Theorie der Gesellschaft oder Sozial-
technologie. Frankfurt/M 1971
- Hacker, H. Die Verfassungsmäßigkeit der Anpassung
der Versorgungsbezüge in den Besoldungs-
gesetzen des Bundes und der Länder.
ZBR 59, 11
- Haaberle Öffentliches Interesse als juristisches
Problem. 1970
- Haemmerlein, Hans Öffentlichkeitsarbeit der Verwaltung.
DÖV 69, 193
- ders. Öffentlichkeit und Verwaltung.
Göttingen 1966
- Hagemann Zum Begriff des Amtes im Beamtenrecht.
ZBR 60, 137
- Hamann, Andreas und
Lenz, Halmut Das Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland vom 23.5.1949. (Kommentar)
Neuwied/Berlin 1970
- Hanau, Peter Kein Streikverbot für Beamte? JUS 71, 120
- Hensche-Kittner Mitbestimmung in Presseunternehmen.
ZRP 72, S. 177
- Herzog, Roman Verwaltung und Verwaltungsrecht in einer
freiheitlichen Industriegesellschaft.
Festvortrag 48.DJT 1970. Bd 2 II/ L

- Hesse, Konrad Die normative Kraft der Verfassung.
Recht und Staat. Heft 222, Tübingen 59
- ders. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundes-
republik Deutschland. Karlsruhe 69
4.Aufl. 1970. 5.Aufl. 1972
- Heubeck, Georg Entwicklung der Beamtenpensionen im Ver-
gleich zu anderen Arten der Alters- und
Hinterbliebenenversorgung. Gutachten.
Schriftenreihe des Deutschen Beamten-
bundes. Heft 53. Bonn-Bad Godesberg 1970

- Heyland, Karl Zur Auslegung des Art. 33 Abs. 5 des Bonner Grundgesetzes. DÖV 51, 462
- ders. Das Berufsbeamtentum im neuen demokratischen deutschen Staat. Berlin-West 1949
- Hinz, Manfred Tarifhoheit und Verfassungsrecht. Berlin 1971
- Hoffmann, Reinhard Beamtentum und Streik. AÖR 91, 141 ff.
- Huber, K. Die Verwaltung als "Vierte Gewalt" ? Jahrbuch der Neuen Helvetischen Gesellschaft. Bern 1967. S. 267 ff.
- Isensee, Josef Beamtenstreik - Zur rechtlichen Zulässigkeit des Dienstkampfes. Bonn-Bad Godesberg 1971
- Jacoby, Henry Die Bürokratisierung der Welt. Ein Beitrag zur Problemgeschichte. Neuwied 69.
- Jellinek, Walter Verwaltungsrecht. 3. Aufl. 1931. Unveränderter Neudruck. Offenburg 1948
- ders. Allgemeine Staatslehre. Neudruck 1960.
- Jess Art. 33 GG, Kommentar zum Grundgesetz. (Bonner Kommentar) Hamburg 1956
- Jüsgen, Werner Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums als Grundlage der Beamtengesetzgebung. DÖV 51, 474
- Juncker, Wolfgang Ist die Institution des Berufsbeamtentums durch die Rechtsentwicklung gefährdet? ZBR 67, 65
- Jung, Jörg Die Zweispurigkeit des Öffentlichen Dienstes. Berlin 1971
- Kern, Ernst Die Kunst des Möglichen bei der Reform von Öffentlichem Dienst und Öffentlicher Verwaltung. DÖV 62, 416
- ders. Berufsbeamtentum und Politik. AÖR 77, 107
- Kimminich, Otto Deutsche Verfassungsgeschichte. Frankfurt 1970

- Kirchhoff, Paul Der Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse in Art. 33 Abs. IV des GG. Diss. München 1968
- Klinkhardt, V. Die Alimentationstheorie im Beamtenrecht. ZBR 64, 257
- Kölble, Josef Grundprobleme einer Reform des öffentlichen Dienstes. DÖV 70, 447
- ders. Die Ministerialverwaltung im parlamentarisch-demokratischen Regierungssystem des GG. DÖV 69, 25
- Koellreuter, Otto Politische Treuepflicht und Berufsbeamtentum. DÖV 51, 467
- ders. Der deutsche Führerstaat. 1934
- ders. Deutsches Verfassungsrecht. Berlin 1935
- Köttgen, Arnold Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie. Berlin/Leipzig 1928
- ders. Öffentlicher Dienst. in: Staatslexikon V Sp. 1192 ff. 1960
- ders. Grundgesetz und Beamtenrecht. in: Recht, Staat-Wirtschaft Bd. IV S. 227 ff. Düsseldorf 1953
- ders. Innenpolitik und allgemeine Verwaltung. DÖV 64, 145
- ders. Die Stellung des Beamtentums im NS-Führerstaat. JÖR 25, 1 f.
- Kriele, Martin Kommunisten als Beamte? ZRP 71, 273
- Krüger, Hildegard Die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis. ZBR 56, 309 ff.
- Kübler, Friedrich Empfiehlt es sich, zum Schutze der Pressefreiheit gesetzliche Vorschriften über die innere Ordnung von Presseunternehmen zu erlassen? Gutachten f. den 49. DJT München 72
- Küster, Otto Zur Frage des Berufsbeamtentums. AÖR 77, 364
- Kubin, Ernst Arbeits-, Dienstposten-Leistungs- und Verhaltensbewertung in öffentlichen Verwaltungen. Stuttgart 1967.
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin-Heidelberg-New York 1969²

- Lautmann, Rüdiger Hierarchie im Richterkollegium . Zur Vereinheitlichung der Richtertitel. ZRP 72, 129
- Lecheler, Helmut Die Treuepflicht des Beamten. - Leerformel oder Zentrum der Beamtenpflichten. ZBR 72, 228
- ders. Die Fürsorgepflicht des Dienstherrn. - Eigenständiges Rechtsinstitut oder Brücke zum Arbeitsrecht. ZBR 72, 129
- Leibholz, Gerhard Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jhdt. ~~Berlin 1966~~
- Leisner, Walter Die schutzwürdigen Rechte im besonderen Gewaltverhältnis. DVBL 60, 617
- ders. Mitbestimmung im Öffentlichen Dienst. Bonn-Bad Godesberg 1970
- ders. Grundlagen des Berufsbeamtentums. Mit einer Studie über das Leistungsprinzip. Bonn-Bad Godesberg 1971
- Lerche, Peter Übermass und Verfassungsrecht. Köln/Berlin etc. 1961
- ders. Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes. 1968
- Loccumer Protokolle Nr. 3/69 "Zwischen Staatsautorität und Dienstleistung".
Nr. 21/67 "Der Sachverständige in der Politik" (Hrsg. Evangelische Akademie Loccum)
- Lorenz, Hanns Friedrich Verwaltung in der Demokratie. München 72.
- ders. Modell einer Universitätsverwaltungsschule. Mitwirkungsmöglichkeiten der Universität Konstanz bei der wissenschaftlichen Aus- und Fortbildung von Beamten. Konstanzer Blätter für Hochschulfragen 25, S. 37. Konstanz 1969
- ders. Fortbildung von Beamten in Führungspositionen. Konstanzer Blätter für Hochschulfragen 25, S. 37. Konstanz 1969
- ders. in Loccumer Protokolle.

- Loschelder, Wilhelm
und
Rößler, Helmut
Ausbildung und Auslese der Beamten.
Gestern, heute und morgen. Heft 3 der
beamtenpolitischen Schriftenreihe
"Deutsches Berufsbeamtentum". Hrsg. F.
Gärtner. Baden-Baden 1961
- Luhmann, Niklas
Funktionen und Folgen formaler Organi-
sationen. Schriftenreihe der Hochschule
Speyer. Band 20. Berlin 1964
- ders.
Das "Statusproblem" und die Reform des
Öffentlichen Dienstes. in ZRP März 71,
4.Jg. H.3 S. 49 ff.
- Malz, Heinrich
Das Beamtenverhältnis als besonderes
Gewaltverhältnis. ZHR 64, 97
- Mangoldt-Klein
Das Bonner Grundgesetz. Bd. II. 2.Aufl.
Berlin und Frankfurt 1964
- Martens, Joachim
Tradition als Rechtsbegriff? NJW 70.
- Mast, André
Introduction au droit constitutionnel
comparé.
Hekt. Manuskript. Hrsg. Faculté inter-
nationale pour l'enseignement du droit
comparé. Strasbourg 1970
- ders.
Précis de droit administratif.
Bruxelles-Gand 1966
- Maslow
A Theory of Human Motivation. in :
Huneryager-Heckmann: Human Relations in
Management. Cincinnati 1967. S. 333 ff.
- Maunz, Theodor
Starke und schwache Normen in der Ver-
fassung. In: Verfassung und Verwaltung
in Theorie und Wirklichkeit. Festschrift
für W. Laforet. München 1952
- ders.
Deutsches Staatsrecht. 18.Aufl.
München usw. 1971
- Maunz-Dünig-Herzog = (M-D-H)
Grundgesetz. (Kommentar) 3.Aufl.
München 1971
- Maurer, Hartmut
Mitgliedschaft von Beamten in verfas-
sungsfeindlichen Parteien und Organi-
sationen. NJW 72, 601
- Mayer, Franz
Rechtsfragen der Dienstpostenbewertung.
DVBL 70, 651

- Manzel, Eberhard Die strukturelle Desorganisation des
Öffentlichen Dienstes in der Bundesre-
publik. DÖV 69, 513
- ders. Parteienstaat und Beamtentum. DÖV 70,433
- ders. Nationale und Internationale Verwaltung.
DÖV 69, 1
- Merk, Wilhelm Deutsches Verwaltungsrecht Bd. I.
Berlin 1962
- Mertens, Hans-Joachim Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund
des Gleichheitssatzes. Hamburg 1963.
- Miessner, Herwart Um die Sicherung des Berufsbeamtentums.
Göttingen 1953
- Morstein Marx, Fritz Einführung in die Bürokratie. Neuwied 1959
- ders.(Hrsg.) in Verb. Verwaltung. Eine einführende Darstellung.
mit E. Becker und Berlin 1965
C.H. Ule
- ders. Das Dilemma des Verwaltungsmannes. Bd. 26
der Schriftenreihe der Hochschule Speyer.
Berlin 1965
- ders. (Hrsg.) Gegenwartsaufgaben der Öffentlichen V
Verwaltung. Berlin etc. 1968
- ders. Grundsätzliche Erwägungen über die Zukunft
des Berufsbeamtentums. DVBL 55,6
- Müller-Heidelberg, Klaus
Zuviel Staat? DVBL 61,75
- Münch, Ingo von Glosse "Geistesabwesende Verfassungsväter"
JZ 70, 37²
- ders. Besonderes Gewaltverhältnis. Arbeitsver-
hältnis und Berufsbeamtentum. ZBR 59,209
- ders. Freie Meinungsäußerungen der Beamten.
ZBR 59, 305
- ders. Beamtenstreik und Sozialstaatsprinzip.
ZBR 70, 371
- Naumann, Richard Die Berufsbeamten und die Staatskrisen.
VVDStRL, Heft 13(1955) , 88 ff.
- Nawjasky Die Stellung des Berufsbeamtentums im par-
lamentarischen Staat. München 1926

- Neeße, Gottfried Staatsdienst und Staatsschicksal.
Hamburg 1955
- ders. Führergewalt. Die Entwicklung und Gestaltung der hoheitlichen Gewalt im Dritten Reich. Tübingen 1940
- ders. Der Leistungsgrundsatz im Öffentlichen Dienst. 1967
- Neues Beamtentum Beiträge zur Neuordnung des Öffentlichen Dienstes. Hrsg. v. Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten. Frankfurt/M 1951
- Niethammer-Vonberg, Christiane Parteipolitische Betätigung der Richter.
Berlin 1969
- Otto, W. Der Beamte als Träger der Staatshoheit.
ZBR 1956, 233 ff.
- Pantsch, Karl Josef Verfassungsprinzipien und Verwaltungsinstitutionen. Reihe Recht und Staat.
Heft 221. Tübingen 1958
- ders. Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 27.4.1959 (Bremer Personalvertretungsgesetz) JZ 60, 23
- Pestalozza, Christian Die Geltung verfassungswidriger Gesetze.
AÖR 96 (1971) S. 27 ff.
- Peters, Hans Das Berufsbeamtentum in der BRD. Deutsche Landesreferate zum IV. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Paris. 1954. S. 307 ff. Düsseldorf 1955
- Pfennig Der Begriff des Öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen. 1960
- Pieck, Johannes Beamtenähnliche öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse. DÖV 66, 217
- Plog-Widow Kommentar zum BBG. Stand 1971
- Ponr, G. Die Pflichten des Beamten unter der Verordnung des GG. Diss. Göttingen 1968

- Quaritsch, Helmut Empfiehlt es sich, das Beamtenrecht unter Berücksichtigung der Wandlungen von Staat und Gesellschaft neu zu ordnen? Referat, Sitzungsbericht 0 zum 48. DJT (s. dort) S. 0 34 - 0 57. München 1970
- dans. Pläne zur Änderung des Rechts des Öffentlichen Dienstes. in : Verfassung, Verwaltung, 1972 . S. 29 ff. /Finanzen
- Radser, Thomas Das Arbeitsverhältnis aus der Sicht der Organisationssoziologie. ZRP 73, 13
- Ramm, Thilo Das Koalitions- und Streikrecht der Beamten. - Ein Rechtsgutachten. Köln 1970
- Rasch, E. Amt- Dienstposten - Planstelle. ZBR 59, 211
- Reinhard, Rainer Leistungsprinzip und öffentliche Verwaltung. ZBR 72, 1
- Ronneberger, Fritz Verwaltungshandeln in der entwickelten Industriegesellschaft. Der Staat 2/1963, 129
- Schäfer, Friedrich Empfiehlt es sich, das Beamtenrecht unter Berücksichtigung der Wandlungen von Staat und Gesellschaft neu zu ordnen? Referat 48.DJT.(s.dort) Sitzungsbericht 0 10 - 0 32. (München 1970)
- Scheffler, Emma Anmerkungen zum Beschluß der OVG Münster vom 20.Sept. 1951. JZ 1953. S. 152
- dies. Ist Teilzeitarbeit für Beamtinnen mit dem Grundgesetz vereinbar? DÖV 1965.S.101
- Scheuner, Ulrich Die institutionellen Garantien des GG. Recht - Staat - Wirtschaft. IV. Band. S. 88 ff. Düsseldorf 1953
- Scheuner, Ulrich und Markatz, Joachim von Die politischen Pflichten und Rechte des deutschen Beamten. Öffentlicher Dienst zwischen Parteien und Staatsräson. Heft 4 "Deutsches Beamtentum". Hrsg. v. F. Gärtner Baden-Baden 1962
- Scheuner, Ulrich Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung. DÖV 69, 585

- Schick, Walter Beamtenrecht - Beamtentum - Beamte
JZ 70, 449
- ders. Kontinuität und Wandel im Beamtenrecht.
Bay VBL 1965, 361.
- ders. Wichtige Entscheidungen zum Beamten-
recht. ZBR 69, 65. Rechtsprechungs-
bericht.
- Schmitt, Carl Der Hüter der Verfassung. 1931
- ders. Verfassungslehre 1928 (Neudruck 1954)
3. Aufl. Berlin 1957
- ders. Staat, Bewegung, Volk. Hamburg 1933¹
- Schmitt-Lemmann Wandlungen im Berufsbild des Verwal-
tungsbeamten. ZBR 64, 1129
- Schnur, Roman Widerstände und Schwierigkeiten bei
Verwaltungsreformen. Einige pragmati-
sche Bemerkungen. DVBL 70, 753
- Scholz, Rupert Informationspolitik des Bundeskartell-
amtes und Informationsrecht der Öffent-
lichkeit. NJW 1973, 481
- Schwarzenbach, Hans Rudolf
Grundriss des allgemeinen Verwaltungs-
rechts. Bern 1968³
- Schwendtner, Peter Gemeinschaft, Treue, Fürsorge - oder:
Die Himmelfahrt des Wortes. ZRP 70, 62
- Siburg, Friedrich Wilhelm
Aspekte der gegenwärtigen Situation des
Berufsbeamtentums. ZBR 67, 289
- Smend Verfassung und Verfassungsrecht. 1928.
Neuveröffentlichung in: Staatsrechtl.
Abhandlungen und andere Aufsätze. 1955
- Sörgel, Werner Konsensus und Interessen. Eine Studie zur
Entstehung des GG für die BRD.
Stuttgart 1969
- Sonthheimer, Kurt Grundzüge des politischen Systems der
BRD. 1973³
- Spanner, Hans Die Berufsbeamten und die Staatskrisen.
VVDStRL, Heft 113, 1955, S. 119 ff.

- Sterzel, Dieter Kritik der Notstandsverfassung.
Frankfurt/M 1969
- Stutzky, H. Auswirkungen des Sozialstaatsprinzips auf das Beamtenverhältnis unter Berücksichtigung der Fürsorgepflicht des Dienstherrn. Diss. Würzburg 1966
- Thiele, Willi Zur Problematik des "öffentlichen Bediensteten". ZBR 67, 321
- ders. Widerspricht das besondere Gewaltverhältnis dem demokratischen Rechtsstaat? DÖD 1963, 101 ff.
- Thieme, Werner Empfiehlt es sich, das Beamtenrecht unter Berücksichtigung der Wandlungen von Staat und Gesellschaft neu zu ordnen? Gutachten für den 48.DJT (s.dort) . S. 57-76. München 1970
- ders. Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG. Göttingen 1961
- ders. Ist das Berufsbeamtentum in unserer Gesellschaft noch notwendig? ZBR 65, 33
- ders. Verwaltungslehre. Köln etc. 1967
- ders. Der Aufgabenbereich der Angestellten im Öffentlichen Dienst. Saarbrücken 1962
- Wie, Carl Hermann Gerichtlicher Rechtsschutz im Beamtenrecht. Berlin usw. 1951
- ders. Das besondere Gewaltverhältnis. VVDStRL, Heft 15, 1957, S. 133 ff.
- ders. Buchbesprechung von Karl Joseph Partsch: Verfassungsprinzipien und Verwaltungsinstitutionen. in DVBL 59, 112
- ders. Parkinsons Gesetz und die deutsche Verwaltung. Berlin 1960
- ders. Öffentlicher Dienst. In Bettermann-Nipperdey: Die Grundrechte Bd. IV, 2.Hb. S. 537. Berlin 1962
- ders. Die Entwicklung des Öffentlichen Dienstes. Köln usw. 1961
- ders. Entwicklungstendenzen im Öffentlichen Dienst. DVBL 70, 637

- Ule, Carl Hermann Beamtenrecht. in M.v. Brauchitsch:
Verwaltungsgesetze des Bundes und der
Länder. Neu hrsg. v. C.H. Ule, Bd. X
1. Hb. Köln-Berlin-Bonn-München 1970
- Vogel, Klaus Das BVerfG zum Bremer Personalvertre-
tungsgesetz-Problem der Gewaltenteilung,
der Regierungsverantwortung und der
hergebrachten Grundsätze des Berufsbe-
amtentums. MDR 59, 894
- Wacke, Gerhard Zur Neugestaltung des Beamtenrechts.
Bemerkungen zu den Unterschieden der
drei deutschen Dienstrechte.
AÖR 76(1950/51) S. 385 ff.
- ders. Entstehungsgeschichte und Inhalt des
Art. 33 Abs. V des Grundgesetzes. in
Neues Beamtentum. (s.dort) S. 151 ff.
- Weber, Max Wirtschaft und Gesellschaft.
Tübingen 1965. Studienausg. 4. Aufl.
Tübingen 1964
- Weber, Werner -
Neebe, Gottfried -
Baring, Martin Der deutsche Beamte heute. (Heft 1) in:
Deutsches Beamtentum .Hrsg. F. Gärtner.
Baden-Baden 1959
- Weiß, Hans-Dietrich Das Alimentationsprinzip in den
Grenzen seiner beschränkenden Wir-
kungen. ZBR 72, 289
- Wertenbruch, Wilhelm Alimentations- oder Lohntheorie im
Beamtenrecht? ZBR 63, 200
- Wilhelm, Bernhard Teilzeitarbeit für Beamtinnen.
ZBR 1966. S. 197
- ders. Das Sechste Gesetz zur Änderung beam-
tenrechtlicher und besoldungsrechtli-
cher Vorschriften. ZBR 69, 97
- ders. "Überstundenvergütung" für Beamte.
ZBR 69, 229
- Wiese, Walter Zur Neuordnung des Öffentlichen Dien-
stes. DVBL 70, 644

- | | |
|--|---|
| Wiethölter, Rudolf
u.a. | Rechtswissenschaft, Frankfurt/M.
1968 |
| Woesner, Horst | Der Gerichtseid als Fremdkörper in
der verfassungsmäßigen Ordnung
NJW 73, 169 ff. |
| Wolff, Hans Julius
ders. | Verwaltungsrecht I, München 1971 ⁸
Verwaltungsrecht II, München 1970 ³ |
| Wyluda, E. | Lehnrecht und Beamtentum
Berlin 1969 |
| Zippelius, Reinhold | Allgemeine Staatslehre
München 1971, 3. Aufl. |
| Zorn, Rudolf - Paulssen, Constantin - Hettlage, Karl Maria | Der öffentliche Dienst und die
Wirtschaft. Heft 2 "Deutsches Be-
amtentum", 1960. |
| Zwirner | Politische Treuepflicht des Beam-
ten. Diss. Göttingen 1959 |

Lebenslauf

Am 13. Juli 1944 wurde ich als zweiter Sohn des Ltd. Regierungsdirektors a.D. Dr. Gerhard Czybulka und seiner Ehefrau Therese in Reisern/Kreis Oppeln (Oberschlesien) geboren.

Nach dem Volksschulbesuch 1950 bis 1954 (in Melle, Senne I bei Bielefeld, Detmold) erfolgte die Einschulung in das humanistische Gymnasium, und zwar in Detmold. Ab 1956 war ich Schüler des Wilhelmsgymnasiums in München. Dort legte ich auch 1963 meine Reifeprüfung ab.

Von 1963 bis 1965 war ich Soldat der Bundeswehr, zuletzt als Leutnant.

1965 bis 1969 studierte ich Jura und politische Wissenschaften an den Universitäten München und Genf/Schweiz, sowie an der Hochschule für Politik in München. Im Termin 1969/II machte ich das erste juristische Staatsexamen in München.

Während meiner Referendarzeit ließ ich mich 1970/71 beurlauben und war während dieser Zeit als wissenschaftlicher Assistent an der Universität Genf/Schweiz in der dortigen juristischen Fakultät tätig. 1971 erwarb ich den Diplôme de Droit Comparé der Faculté Internationale de Droit Comparé, Straßburg.

Ich beende demnächst mein Referendariat (Assessor-Examen im Termin 1973/II) und lebe mit meiner Frau, Dr. phil. Ulrike Czybulka, seit 1972 wieder in München.

Detlef Czybulka

